

Derecho civil. Derechos reales.

Gabriel de Reina Tartière |
Profesor de Derecho civil

DEF.-

Esta obra es fruto del análisis y de los estudios, estrictamente personales, del autor.

Los comentarios que se efectúan a lo largo de este libro constituyen la opinión personal del autor. El autor no aceptará responsabilidades por las eventualidades en que puedan incurrir las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en este libro.

«Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)»

© Edita: CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Imprime: COYVE, S.A.

I.S.B.N.: 978-84-454-2098-0

Depósito Legal: M. 26.607-2012

DERECHO CIVIL. DERECHOS REALES

Índice

- Unidad didáctica 1. **El Derecho de cosas y los derechos reales**
- Unidad didáctica 2. **El contenido del derecho real**
- Unidad didáctica 3. **La dinámica de los derechos reales**
- Unidad didáctica 4. **La posesión**
- Unidad didáctica 5. **La usucapión**
- Unidad didáctica 6. **Dominio y propiedad**
- Unidad didáctica 7. **Comunidad de bienes. Propiedad horizontal**
- Unidad didáctica 8. **El usufructo. Los derechos de uso y habitación**
- Unidad didáctica 9. **Las servidumbres**
- Unidad didáctica 10. **Otros derechos reales**



UNIDAD
DIDÁCTICA

1

EL DERECHO DE COSAS Y LOS DERECHOS REALES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La gran división del Derecho patrimonial en función del objeto de las relaciones en presencia
2. La construcción teórica del derecho real
 - 2.1. La teoría clásica
 - 2.2. La teoría obligacionista
 - 2.3. La lógica de la teoría intermedia
3. Las notas esenciales del derecho real: inmediación, absolutividad y oponibilidad
4. Criterios genéricos para la distinción entre los derechos reales y personales
 - 4.1. Por los sujetos intervinientes
 - 4.2. Por su objeto
 - 4.3. Por su contenido y sus efectos
 - 4.4. Por el modo y las causas para su extinción
5. Las figuras intermedias
 - 5.1. El ius ad rem
 - 5.2. Las obligaciones propter rem
 - 5.3. Los derechos reales in faciendo

6. Clasificación

- 6.1. El derecho real (de protección) provisional: la posesión
- 6.2. El derecho real pleno: el dominio (o propiedad)
- 6.3. Los derechos reales limitados

7. El juego de la autonomía de la voluntad en la creación de los derechos reales: atipicidad o numerus clausus

8. La normativa básica del Derecho de cosas

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

En el Derecho patrimonial resulta básico distinguir entre derechos personales y reales. Como argumento capital para la distinción se advierte sobre su variada eficacia. Los derechos personales vincularían a quienes prestaran su consentimiento al respecto, mientras que los reales podrían extender sus efectos más allá de ese círculo, logrando oponerse frente a terceros: por esta vía, derechos como la servidumbre o la hipoteca se harían exigibles contra el titular del inmueble gravado, aun cuando fuera persona distinta a aquella con la que se hubieran convenido. En ello consistiría, justamente, el *quid* diferencial entre categorías. Pero, ¿por qué reconoce el ordenamiento derechos que trascienden a sus contratantes? ¿Cuál es el fundamento tenido en cuenta para que unos derechos se opongan mientras que el resto no?

En el contexto de un manual como este, cuya finalidad es puramente pedagógica, se intenta resolver tales cuestiones, a lo que se dirige especialmente esta primera Unidad. Se trata de que el alumno reconozca el sustrato jurídico-real a partir de su necesidad y sus principios en el contexto de la relaciones humanas. Se abordan, así, las distintas teorías habidas para explicar el derecho real como categoría, sus notas tipificantes, las pretendidas figuras intermedias, la imprescindible clasificación de los variados derechos reales conocidos atenta su función y la noción básica de la autonomía privada aplicada a la creación de nuevas fórmulas. Con todo ello, el alumno podrá llegar a comprender el instituto en sus aspectos sustanciales.

1. LA GRAN DIVISIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL EN FUNCIÓN DEL OBJETO DE LAS RELACIONES EN PRESENCIA

En el ámbito patrimonial cabe apreciar la existencia de tres clases fundamentales de derechos: los derechos personales o de crédito, los derechos reales y los derechos intelectuales.

El **derecho personal** es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos (aún indeterminada en la actualidad), un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna; así en las puras obligaciones de hacer algo incorporal, como vigilar; mientras el derecho real exige una cosa, y puede subsistir con una persona sola. El último habitante del planeta sería «el propietario de la Tierra», pero no tendría derecho personal alguno.

En los derechos personales, el objeto es la prestación de dar, hacer o no hacer.

EJEMPLO 1

Quien compra un bien que todavía el vendedor no le ha entregado, aún no es propietario; lo que tiene es el derecho derivado de la compraventa a que el vendedor le entregue el bien en los términos pactados.

En una deuda de dinero, el derecho del acreedor se cifra en la prestación de entrega (de dar) a cargo del deudor.

El **derecho real**, en cambio, es la potestad que tiene una persona sobre una o más cosas de carácter corporal. Existe cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata que ha de ser respetada por todos los demás sujetos. Por tanto, el derecho real constituiría una relación jurídica entre una persona y una cosa: aquella como sujeto, y esta como objeto.

EJEMPLO 2

El dueño de una vivienda tiene un derecho de exclusividad sobre la casa, un derecho a ser respetado por todos.

.../...

.../...

Quien hace la compra en el supermercado se hace propietario de los bienes una vez formaliza su adquisición en línea de caja, y debe ser respetado como propietario por todos aquellos que se crucen con él cuando se dirige con las bolsas a su casa.

Con el nombre de **derechos intelectuales** se refiere, en tercer y último lugar, a una amplísima categoría en la que aún cabe diferenciar entre los derechos de autor (derechos intelectuales *stricto sensu*) y los derechos vinculados a la llamada propiedad comercial (así, los relativos a marcas y otros signos distintivos, patentes y modelos de utilidad, etc.).

EJEMPLO 3

El autor de un libro está protegido en su creación aun cuando la obra no se haya editado todavía; editado, publicado el libro, cualquiera que adquiriera un ejemplar podrá regalárselo a un amigo o revendérselo a quien sea, pero no podrá copiar su contenido para difundirlo, pues eso infringiría el derecho de autor –o de quien haga sus veces (editorial)– a la explotación en exclusiva de la obra.

Pues bien, cualquiera de las tres clases enunciadas de derechos subjetivos, en cuanto derechos que son, comporta un bien incorporal, y es así como se introduce en el patrimonio de la persona titular. Sucede, sin embargo, sobre todo tratándose de la propiedad de bienes corpóreos (en puridad, del dominio sobre cosas), que ese derecho subjetivo aparece equiparado, por la plenitud de su contenido y su material representatividad, a la cosa sin más, como si esta fuera la que se hubiera de computar en el haber interesado. Se dice así que «esta casa, este auto es mío o de aquel», o «que se transmite tal o cual inmueble», cuando, en puridad, a lo que se refiere o lo que se transmite es su propiedad. En este sentido, se reitera, todos los derechos patrimoniales son incorporales. No obstante, donde sí varía el régimen de cada uno es a partir del **objeto** sobre el que recaen, si es corpóreo, incorpóreo simple –a saber, créditos– o incorpóreo de raíz intelectual, siendo este el dato trascendental del que a la postre deriva la distinción entre derechos reseñada.

Precisiones

Los derechos, de suyo, son todos incorpóreos, hasta el de dominio, por más que tantas veces digamos que «esta propiedad es mía», algo en buena técnica verdaderamente redundante. Y es que los derechos se insertan en nuestro patrimonio como activos pero no así los bienes a los que refieren. Sin embargo, la dinámica y protección de unos u otros derechos cambia por completo si la naturaleza del bien es tangible o no: el orden jurídico, la justicia y lógica exigen que una persona no pueda «sentirse propietaria» de algo material si no se le hace entrega. En cambio, un crédito accede a nuestro patrimonio desde que se compromete entre los interesados; así, cabe cederlo, notificando a quien sea el deudor, para evitar que pague a quien ya ha dejado de ser titular por esa cesión, pero el crédito como tal ni puede entregarse, ni puede destruirse, como si las cosas sobre las que los derechos reales «se asientan».

Decimos también: «he transmitido mi casa» (normalmente, somos todavía más sencillos, decimos: «he vendido mi casa»). Pero la casa sigue en su sitio, no se mueve. Cambia su titularidad; lo que hemos transmitido es el dominio sobre ella, para lo cual se hace preciso que el nuevo titular ejerza actos posesorios, al menos pueda ejercerlos, sobre la vivienda.

Profundizando algo más, y avanzando sobre lo que a continuación se irá diciendo, por su carácter inmaterial, los derechos no se poseen, se ejercitan, aun los reales; no se puede poseer lo que es intangible, pero sí podemos poseer las cosas sobre las que tenemos derechos y es a través de esa relación hombre-cosa que los terceros se enteran de que hay algo que la justifica, de que hay un derecho (real) de la persona sobre la cosa. Como decían los romanos, el derecho (real) va con la cosa, como si estuviera sobre ella impreso (*in re scripto*).

Una mesa colocada en el despacho de un profesor de la UDIMA, por su ubicación, está diciendo: es de la Universidad. En cambio, ¿cómo conocer tan directamente, en su número y características básicas (valor o cuantía), los créditos que tiene a su favor la Universidad frente a sus deudores?

Dicho todo esto, si son corporales los bienes que constituyen objeto inmediato de la relación patrimonial en análisis, lo que se tendrá sobre ellos será un **derecho real, un derecho en la cosa (*in re*)**, cuyo contenido elude cualquier tipo de connotación prescricional, esto es, la facultad de exigir de una persona individualmente considerada un determinado comportamiento distinto al del respeto o abstención de la expectativa económica que ese derecho incorpora. Desde luego que como no se puede respetar lo que no se conoce, el derecho real debe hacerse público, sea por la fuerza de los hechos (posesión), sea a través de instituciones públicas de reconocibilidad, en alusión, claro está, a los registros constituidos al efecto.

En cambio, si la cosa corporal es objeto mediato, indirecto de la relación, lo que se ostentará sobre ellos es un **derecho personal**, frente a un individuo, a resultas, especialmente obligado. En algunos casos, si la prestación a cargo del obligado está determinada respecto de una cosa cierta, no genérica ni en especie, lo que se tendrá será un *ius ad rem*, un derecho a la cosa, de índole igualmente personal, pero calificado en cuanto en ocasiones se protege en mayor medida por la legislación (sobre los *iura ad rem* se avanzará en su momento; solo se mencionan aquí para completar el discurso).

EJEMPLO 4

Volvamos al primero de los ejemplos puestos en este epígrafe, aquel por el cual una persona compraba un bien –póngase un caballo concreto, determinado– que todavía el vendedor no le ha entregado.

Sobre el animal todavía sería propietario el vendedor, no teniendo derecho real alguno el comprador hasta que se cumpla con la entrega. Mientras tanto tendría un derecho personal contra el vendedor, cuyo objeto directo sería la prestación de entrega referida, e indirecto, el caballo. Una vez entregado, una vez recibido por el comprador, este se haría propietario, teniendo una relación directa sobre la cosa, un derecho real cuyo objeto sería justamente el equino.

En tercer lugar, frente a los derechos meramente crediticios, las creaciones intelectuales, de sustrato cultural, científico o comercial, es lo mismo, se someterían a un estatuto muy distinto por cuanto llamados a un mínimo de permanencia, a una cierta estabilidad en su aprovechamiento, no se agotarían, como los créditos, por su ejercicio. Entonces esto los equipararía a los derechos reales. Sin embargo, mientras que la previsión normativa del carácter absoluto de los derechos reales partiría de la dominación y explotación que el hombre demanda de los bienes que le rodean, el de los derechos intelectuales, muy posterior en el tiempo, se inspiraría en la necesidad de fomentar el desarrollo científico y cultural retribuyendo al inventor, escritor o artista con una serie de garantías, no solo económicas, sobre el producto de su esfuerzo.

Nos adentramos con ello en una cuestión capital para la coherencia de nuestra disciplina: la naturaleza muy diferente que existe entre los derechos reales y los derechos de raíz intelectual. Es verdad que el estudio de los derechos de autor, de la legislación sobre propiedad intelectual, se ha venido incorporando secularmente como objeto de esta asignatura, pero ello es, primero, por tradición y, segundo, por afinidad, pues –no se puede dudar– son mayores las similitudes que guardan con los derechos reales en comparación

con los personales. Simple aproximación de carácter, sobre todo, pedagógico, que en ningún caso, puede obviar las sustanciales diferencias que existen entre ambas clases de derechos en función, precisamente, de la condición muy distinta de los bienes que afectan. A saber:

- El origen de las cosas es profundamente natural. El hombre cuando crea una nueva lo hace sirviéndose de elementos de uno u otro modo preexistentes en la naturaleza; en cambio, la propiedad intelectual nace por el solo ingenio del hombre;
- Las cosas son perceptibles físicamente, las creaciones intelectuales, no. Estas, para su reconocimiento, deben exteriorizarse a través de algún modo (impresión gráfica, grabación sonora, aplicación práctica industrial, etc.);
- Las cosas como objeto de los derechos reales no se encuentran tasadas, basta con que sean susceptibles de apropiación y no se encuentren fuera del comercio; por el contrario, no todo fruto del intelecto –una simple idea, por ejemplo–, devenga derechos de autor: tan solo cuando se incluya en alguna de las modalidades de creación legalmente admitidas y se compruebe su originalidad; y
- Las cosas, aun las de más valor, tienen un rendimiento limitado, se localizan geográficamente y son hábiles para aprehenderse o destruirse; las obras intelectuales pueden reproducirse ilimitadamente, exceden con espontaneidad de un marco espacial en concreto y no resultan aprehensibles ni destruibles (Lacruz).

La corporeidad sería, por consiguiente, el primer y fundamental requisito del objeto de los derechos reales, y es, a partir de él, que puede comprenderse toda la teoría general acerca de estos derechos, a la cual precisamente se dedican los siguientes apartados.

2. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO REAL

2.1. LA TEORÍA CLÁSICA

Entre las teorías que se han formulado para explicar el derecho real, la más **tradicional** parte de su perfecta distinción de los derechos personales. En este sentido, el derecho real se postula como una relación jurídica que une al individuo con las cosas y de la que surge a su favor un poder inmediato susceptible de ejercitarse sin que se pre-

cise el obrar de persona alguna. Por medio del derecho real se atribuirán directamente a su titular los beneficios que la cosa haya de dispensarle, pudiendo hacerse valer frente a todos (*erga omnes*), quienes estarán sometidos al deber de respetarlo.

En contraposición, el derecho personal supone una relación entre dos personas, por la que una de ellas tiene la facultad de exigir de la otra un determinado comportamiento, activo (hacer, dar) o pasivo (no hacer). En los derechos personales se requiere, entonces, de la colaboración del obligado. El cumplimiento de la obligación solo podrá exigirse frente al deudor o, a lo sumo, sus herederos.

2.2. LA TEORÍA OBLIGACIONISTA

Frente a la postura clásica, sin embargo, emerge la **teoría obligacionista**. Esta tesis destaca la imposibilidad de que una relación jurídica tenga lugar entre una persona y una cosa, pues la propia noción impone un factor de imprescindible alteridad. Los hombres no pueden relacionarse jurídicamente con las cosas, como tampoco puede haber un derecho sin la correspondiente obligación; «en la soledad de su isla, nadie diría que Robinson fuera propietario».

Pero habría otras razones para dismantelar la teoría clásica: el hecho de que en determinados derechos reales no pareciera existir un poder directo e inmediato sobre la cosa (hipoteca) que, por el contrario, concurriría en derechos calificados por tradición de personales (así, por ejemplo, los derivados de un arrendamiento o comodato); el principio elemental de que todos los derechos, también los personales, deberían respetarse por los extraños a la relación, etc.

A partir de todo ello, los valedores de esta posición, muy de moda a comienzos del siglo XX, proponen una nueva concepción del derecho comúnmente tenido por real. Se trataría de una modalidad de derecho personal cuya singularidad estriba en la amplitud o extensión del sujeto obligado, en cuanto con respecto a su titular estarían obligados todos los demás integrantes de la sociedad, que deberían procurar no interferir en sus intereses. Consecuentemente, podría hablarse de una suerte de obligación pasiva universal, contenido propio y distintivo del derecho real.

2.3. LA LÓGICA DE LA TEORÍA INTERMEDIA

Hay que reconocer que la concepción llamada obligacionista tiene razón en cuanto afirma que el Derecho solo regula relaciones humanas, y que no deja de darse relación

jurídica en el derecho real, entre el titular del mismo y los demás hombres, sobre los que pesa un deber negativo de abstención. Pero también es cierto que incurre en exageraciones notorias, porque confunde la obligación en sentido técnico, propia de los derechos de crédito, y el deber genérico de respetar la propiedad, los derechos ajenos, que, entre otras cosas, carece de valor pecuniario.

EJEMPLO 5

Todo vecino tiene que respetar el derecho de propiedad del colindante, pero sin que en su patrimonio, en su «balance» conste ese deber de respeto como pasivo computable. Si fuera así, todos viviríamos en permanente quiebra. Pero si Pedro le debe 1.000 euros a Juan, el crédito a favor de este constará en el patrimonio de Pedro como pasivo mientras no se los pague.

Además, esa reducción de los derechos patrimoniales a la categoría única de lo personal pone el énfasis en la vertiente negativa de la relación, obviando su componente positivo. Y es que para salvar la esencia relacional del derecho real no hace falta prescindir de su aspecto interno, de ese poder de sustantiva afección (inmediación) que se tiene sobre la cosa.

Surge, de tal modo, toda una serie de interpretaciones intermedias, que tratan de superar el enfrentamiento. Se propone mejor la distinción entre un *aspecto interno* del derecho real, su contenido económico, representado por el poder directo e inmediato que se tiene sobre la cosa, y un *aspecto externo o formal*, la garantía jurídica de ese contenido económico reflejada en el deber de abstención que tienen los terceros de no invadir o perturbar dicha situación jurídica.

En síntesis, desde esta **perspectiva conciliadora o intermedia**, en el derecho real cabría observar dos aspectos que funcionan como las dos caras de una misma moneda: **un aspecto interno o inmediación y un aspecto externo o absolutividad**. Como consecuencia, el derecho real podría finalmente comprenderse como *esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre una cosa, a resultas del cual esta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio, con tal de que haya podido conocerlo, saber de la existencia de ese derecho (oponibilidad)*.

3. LAS NOTAS ESENCIALES DEL DERECHO REAL: INMEDIACIÓN, ABSOLUTIVIDAD Y OPONIBILIDAD

Al subrayar, como se acaba de hacer, que el derecho real refleja un poder inmediato y directo sobre una cosa (**principio de inmediación, immediatividad o inherencia**), ello se hace en el sentido de que los beneficios que derivan de ese poder se disfrutan y obtienen sin intermediación, sin la necesidad del obrar de otra persona. Supone esta la gran diferencia entre los derechos reales y los personales.

Con base en su inmediación, la **absolutividad** de los derechos reales significa que ese poder directo que conlleva exige un deber general de respeto por todos los demás. Se alude, así, a la consustancial proyección *erga omnes* de los derechos reales. Sin embargo, no es una nota exclusiva suya, predicándose también de algunos otros derechos, como los personalísimos o, según ya se ha dicho, los intelectuales, pero que, si son absolutos, lo son teniendo en cuenta fundamentos muy distintos.

Precisiones

La declaración de absolutividad de los derechos reales se ha de entender en cuanto si la relación del hombre con la cosa es inmediata, cualquiera puede perjudicar, interferir en el normal ejercicio del derecho real con tal de sustraer o dañar la cosa que es su objeto. La lesión es susceptible de producirse directamente por cualquiera, algo que para los derechos relativos, los derechos de crédito es mucho más difícil. En los derechos de crédito, podemos favorecer, es verdad, que el deudor no cumpla conviniendo con él la desviación de ciertos bienes para lograr su insolvencia, pero el resultado buscado no se obtendría directamente; sería necesario ese pacto colusorio. De la misma manera que podemos impedir que el propietario de un bien cumpla con la entrega comprometida a tercero de una cosa, destruyendo esta, pero en el caso el daño se lo produciríamos primero al dueño y solo por derivación a ese otro sujeto.

En su régimen, la cualidad absoluta de los derechos reales influye a partir de los postulados de **prioridad y reipersecutoriedad**. Por el primero, quien constituyó antes su derecho real sobre una cosa se habrá de imponer frente a quien no tiene derecho alguno, o teniéndolo, lo adquirió o pretendió adquirir más tarde; por el segundo, el titular de un derecho real gozará de la inderogable facultad de perseguir la cosa, de exigir la retribución de sus utilidades, allá donde se halle y frente a cualquiera que la ostente.

Pero, de la absolutividad, vista así, todavía corresponde distinguir el concepto de **oponibilidad**. Quiere decir que, aun calificados los derechos reales en cuanto género como absolutos, aun estando llamados a ser respetados por todos –se hubiera convenido o no con el titular de ese derecho en particular (así, tanto tendría que respetar el derecho real de propiedad el anterior dueño que hubiera transmitido el dominio de la cosa al actual, como un tercero, totalmente ajeno, que pasara por la calle)– tal deber general de respeto (absolutividad, proyección *erga omnes*, se reitera) cedería cuando el tercero frente al que se alegase el derecho real de que se tratase no hubiera tenido la oportunidad de conocer de su existencia; es el típico conflicto del que ocupa el artículo 464 del Código Civil (CC) para los bienes muebles.

EJEMPLO 6

Así, si «A» hubiera dejado a «B» un libro, y «B», sin decirle nada, se lo vende a «C», el derecho sobre el libro de «A», en cuanto dueño legítimo, por más que derecho real y, por tanto, absoluto, resultaría en el caso vencido por el derecho, el interés, igual de legítimo, de «C», pues, aunque este habría comprado de quien no era propietario, no pudo saber tal y como se dieron los hechos que el libro era en realidad de otro.

En ello consistiría, precisamente, la oponibilidad de los derechos reales. Como se ha dicho, se trataría de la concreción de la absolutividad en función de las circunstancias del caso, en la mayoría de los casos favorable a que el derecho real alegado termine por declararse frente al tercero en cuestión, en atención a los medios de manifestación (posesión, publicidad registral) de las titularidades jurídico-reales. Solo cuando fallen estos medios que le son propios o cuando de la situación posesoria o registral del bien no pueda derivarse con claridad que existe el derecho real que se alega o pretende, podrá quedar a salvo el tercero interesado.

EJEMPLO 7

Siguiendo con nuestro ejemplo, si «A» en lugar de ser un particular, como se sobrentiende del supuesto tal y como lo hemos planteado, fuera una biblioteca pública, y «B», un usuario

.../...

.../...

al que se le dejara en préstamo el libro, «C», tras comprárselo a «B» ya no podría alegar desconocimiento de la legítima titularidad de «A», si como es lo normal el libro estuviera convenientemente sellado y «advirtiera» externamente de su procedencia. El artículo 464 del CC pondría a salvo el derecho de tercero con respecto al del legítimo propietario, pero siempre que el tercero fuera de buena fe, no hubiera tenido posibilidad razonable de conocer que no pertenecía en realidad a quien se lo vendiera.

Precisiones

Absolutividad y oponibilidad, aunque parecen términos homónimos, conviene que se distingan por el alcance genérico del primero en relación con el segundo. La absolutividad se predica así de los derechos reales en cuanto género mientras que la oponibilidad, como noción, debe utilizarse para el caso concreto.

Que no se trata del mismo concepto también queda acreditado por la existencia puntual de derechos relativos oponibles. En efecto, los derechos relativos, los derechos de crédito, lo son en cuanto solo ofrecen la posibilidad de accionar contra un determinado sujeto pasivo, el deudor. Sin embargo, algunas veces, dándose ciertos presupuestos, el legislador admitiría que un derecho de crédito se oponga con éxito a terceros; en tal caso, estaríamos ante un derecho relativo, no absoluto, aunque oponible frente al tercero de que se trate. Es así que el derecho de arrendamiento se considera un derecho *inter partes*, un derecho de crédito que, sin embargo resulta oponible a quien comprara una vivienda estando alquilada si todavía no hubiera transcurrido el plazo de duración mínima que legalmente se establece en favor del inquilino (cfr. art. 14 en relación con art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

4. CRITERIOS GENÉRICOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

Apuntadas las corrientes principales habidas en torno a la figura del derecho real, y preferida, entre ellas, la intermedia, quedan en pie, no obstante, algunos criterios que pueden seguir sirviendo para distinguir entre los derechos reales y los obligacionales. Estos criterios, como digo, tienen un carácter orientador, propedéutico, por lo que su genérica aceptación no debe estorbar para la correcta inteligencia de ciertos casos donde pueden dejar de aplicarse.

4.1. POR LOS SUJETOS INTERVINIENTES

Más allá de cuál sea el resultado de la pugna entre las distintas teorías formuladas acerca de la noción de derecho real, uno de los matices básicos para diferenciarlo de los personales pasa por quien haya de resultar el sujeto pasivo en cada situación. Mientras que los derechos personales se caracterizan por comprometer a una persona o conjunto de personas determinadas, los derechos reales tienen como sujeto pasivo la comunidad en general. En otras palabras, en el derecho real la relación *se despersonaliza* poniendo el enfoque en el cúmulo de utilidades que su titular puede obtener directamente de la cosa.

El criterio, que se antoja básico para nuestra disciplina, merece aclararse en atención a los derechos reales de carácter limitado (usufructo, servidumbre, etc.). En ellos, aunque es cierto que su titular se vinculará directamente con la cosa, también se observa la existencia de una persona especialmente obligada: el propietario de la cosa gravada. En este sentido, al propietario se le podría tener por sujeto pasivo determinado, al estilo de los derechos personales, aunque no por ello debería perderse de vista:

- El deber genérico de abstención al que seguiría sometiéndose el resto de la comunidad.
- El dato de que la determinación de ese sujeto se hará a partir de su relación de dominio con la cosa, factor que, en cualquier caso, no suele hacerse presente para los derechos personales, donde el sujeto pasivo se individualiza de modo directo y sin acudir a expediente de remisión alguno (como en nuestro caso sería esa vinculación *ob rem* del propietario).

4.2. POR SU OBJETO

En tanto que los derechos reales versan sobre cosas corporales, determinadas y existentes, los personales tienen un objeto mucho más amplio, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, por lo que pueden tratar sobre cosas incorporeales, genéricas o futuras. No obstante, en ocasiones la distancia entre ambas categorías parece estrecharse. Es el caso de esas obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada. A ellas se alude con el término de *ius ad rem*, en la medida en que el interés del acreedor se encuentra puesto en una cosa concreta, perfectamente delimitada.

Pero la equiparación total no se produce, dado que también para estos casos se hace necesaria la intervención del deudor a fin de que la expectativa del acreedor se realice. Y será esa prestación, justamente de dar, el objeto inmediato de tales obligaciones. Mien-

tras no proceda la entrega, la cosa solo podrá considerarse el mediato objeto de la prestación, al igual que, sin ir más lejos, puede predicarse del resto de los bienes del deudor, en cuanto su patrimonio se halla afectado por ley al cumplimiento de sus obligaciones.

4.3. POR SU CONTENIDO Y SUS EFECTOS

El derecho real confiere un poder de exclusión frente a los demás, poder que puede ejercitarse contra cualquiera, sea quien sea la persona que tenga la cosa; solo cuando entren en juego las reglas favorecedoras del tráfico jurídico y del tercero de buena fe (cfr. arts. 464 del CC y 34 de la LH), podría dejar de triunfar la titularidad del interesado. El derecho personal, por el contrario, lo que atribuye es el poder de exigir y demandar la prestación de la persona especial y directamente obligada. De modo que, en principio, ese poder solo alcanzaría a la cosa objeto de la prestación (obligaciones de dar), si aún se localizara en poder del obligado. El derecho real se concluye, por tanto, absoluto; el personal, relativo.

4.4. POR EL MODO Y LAS CAUSAS PARA SU EXTINCIÓN

Finalmente, los derechos reales están llamados a la permanencia; los personales, a su extinción. El ejercicio de los primeros, lejos de extinguirlos, los consolida; el de los segundos, los consume. Además, los derechos reales se extinguen por la destrucción de la cosa, lo cual no sucede con los personales, a cuyo respecto la pérdida no extingue la obligación, salvo que se trate de una obligación cuyo objeto sea una cosa en específico y el obligado no resulte culpable de su pérdida o destrucción.

5. LAS FIGURAS INTERMEDIAS

Como se señalaba al introducir el epígrafe anterior, se dan supuestos en que la distinción entre los derechos reales y los personales no se ofrece tan clara. Junto a las tres manifestaciones de tanta tradición como las que van a indicarse, debe destacarse un dato de suma relevancia para el conocimiento de nuestra materia: la consustancial dependencia que la mayoría de los derechos reales, principalmente los limitados (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), demuestran con respecto a una relación personal subyacente, constituyente. Esto es tanto como decir lo que es obvio en la práctica: que el contrato es fuente normal, ordinaria de los derechos reales, eso sí, en los términos en que se verán en la Unidad 3.

En efecto, fijémonos en que el título que se exige para la válida constitución de estos derechos no tiene otra naturaleza que la de canalizar un libre acuerdo entre particulares, delimitador para estos de una serie de derechos y obligaciones que, a la postre, han de integrar el contenido de la fórmula real por la que hubieran optado (el modo y las formas en que se podrá usar y disfrutar de la cosa, el canon o precio que hubiera de pagarse, etc.) o, incluso, llegado el caso, definir sobre su vigencia.

EJEMPLO 8

Repárese, por ejemplo, en el estatuto del dominio revocable inmobiliario, en cuya virtud el cumplimiento de una condición resolutoria incorporada al título del anterior propietario –por ejemplo, el impago del saldo sobre el precio convenido– puede privar de la propiedad a los terceros que después hayan adquirido un derecho sobre la cosa, quienes desde un primer momento habrán podido conocer de la eventualidad que pendía sobre ellos a partir de la constancia en el Registro de la Propiedad de la condición.

5.1. EL IUS AD REM

El *ius ad rem* se traduce en un derecho personal, si bien cualificado, al conceder a su titular una expectativa de adquisición sobre una cosa concreta y determinada. En un ordenamiento como el español, afiliado al sistema de adquisición de los derechos reales basado en la concurrencia de título y modo, sería el derecho que corresponde a quien goza de título, pero todavía no ha podido entrar en la posesión de la cosa referida; y a la inversa, el de aquel que, teniendo en su poder la cosa, se encuentra a la espera de suscribir el oportuno contrato traslativo que lo haga propietario. Estamos, por tanto, ante derechos estrictamente personales, que, sin embargo, y esto les otorga interés, en determinadas ocasiones pueden disfrutar de un alcance superior al que les corresponde por su naturaleza. Lo importante de la institución es, reitero, que, estando ante un derecho personal, este derecho se ve cualificado al encontrarse señalado, fijado en concreto el bien a que llama la prestación.

EJEMPLO 9

Quien compra pero no se le entrega la posesión, tiene un derecho personal a que se ejecute a su favor la tradición, derecho personal pero ya determinado sobre un bien en concreto.

Quien usa de un bien bajo el régimen del *leasing* (arrendamiento financiero) es otro ejemplo, ya que ejercitando la opción de compra, que por el contrato se le atribuye, se hará propietario.

En este sentido, si bien es verdad que la jurisprudencia no se muestra mayoritariamente partidaria de la tercería de dominio como medio para su normal protección, por no cumplir todavía con los presupuestos que hacen al iter adquisitivo de los derechos reales, las *vocaciones de derecho real* pueden anticiparse en su eficacia jurídico-real al menos conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria (LH), según el cual podrá pedir anotación preventiva de sus derechos «el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real». Desde su inscripción, cualquier persona que contratara con el todavía propietario quedaría a expensas de lo que se resolviera en el expediente judicial donde se decretara esa anotación.

También se admite la inscripción de la transmisión o constitución de derechos reales bajo condición suspensiva (cfr. arts. 9, regla 2.^a, y 23 de la LH). Si no hay derecho real sin intermediación, el convenio de esta manera, como digo a título suspensivo, no puede considerarse más que en perspectiva; como un derecho real en expectativa, en rigor, una situación personal de pendencia, hasta que se cumpla la condición. El derecho personal, al inscribirse en el folio registral del bien sobre el que se proyecte, se daría a conocer a cualquier tercero que durante la etapa de pendencia pretendiese contratar o adquirir algún otro derecho sobre el bien incompatible con el proyectado, evitando a la par eventuales perjuicios al titular expectante.

5.2. LAS OBLIGACIONES PROPTER REM

Se juzgan **obligaciones reales** o *propter rem* aquellos derechos de crédito en los que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa; de ahí que reciban también el nombre de ambulatorias.

Para la comprensión de este tipo especial de obligaciones, se debe puntualizar, lo primero, sobre la inexistencia, en sector alguno del ordenamiento, de derechos absolutos, ahora, en esta visión genérica que se comenta, en el sentido de ejercitables sin más limitaciones que las dispuestas por su titular. Los derechos reales no podrían ser menos, hallándose limitados por una serie de obligaciones, de contenido siempre accesorio, que los modularían en su ejercicio: así, el propietario no puede verter inmisiones perjudiciales en los fundos vecinos; el condómino está obligado a contribuir a los gastos comunes; el usufructuario debe respetar la sustancia y el destino económico de la cosa; el acreedor pignoraticio o anticrético debe conservar diligentemente la cosa que se le haya entregado en garantía, etc. En virtud de esto último, se vislumbra el sentido verdadero de las obligaciones *propter rem*: son obligaciones accesorias que acompañarían, integrarían por virtud legal, el contenido del derecho real de que se trate, resultando, entonces, obligado quien en cada momento ostente su correspondiente titularidad.

Que las obligaciones *propter rem* sean accesorias significa en tal sentido que no constituyen la esencia del derecho real en cuestión, sino que inciden sobre sus posibilidades, afectan a su contenido, contenido cuya esencia, cuyo sustrato económico en absoluto puede consistir, recuérdese, exclusivamente en el obrar positivo de otra persona.

EJEMPLO 10

Fíjese en el régimen de las expensas comunes según establece el artículo 9.1, letra e), de la Ley de Propiedad Horizontal. Supone la expresión más moderna y recurrente de las obligaciones *propter rem*. En su virtud, cada propietario tiene la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Ello haría al contenido propio, al normal estatuto que rige a la propiedad en comunidad por pisos. No podría decirse, por tanto, que el dominio de cada copropietario encuentre su razón de ser principal en que los demás paguen sus cuotas. Esta afirmación sería excesiva. Las personas cuando compran un piso lo hacen para vivir en él y no con vistas a beneficiarse con cuanto el resto de vecinos hayan de abonar en concepto de gastos comunes. El sustrato económico de la propiedad radicaría, como todas, en las utilidades de uso, disfrute y disposición del bien, por más que para su adecuación se precise que cada copropietario cumpla con las obligaciones de índole comunitaria a su cargo.

Se comprende, por cuanto se viene diciendo, que la transmisión de la titularidad que se tenga sobre la cosa provoque que quien la adquiera se halle sometido de igual modo a tales obligaciones. Una cuestión distinta es que aún siga estando obligado el transmitente o cualquiera de los titulares anteriores.

Ciertamente, la eficacia con la que hayan de manifestarse muestra el tema más interesante y complejo de cuantos suscitan las obligaciones reales. ¿Tendría que responder el nuevo titular por los incumplimientos de quienes le precedieron? ¿Los anteriores titulares de un derecho real, que mientras lo fueron, estaban comprometidos a las obligaciones que le eran accesorias, habrían de continuar estándolo, ante la transmisión o, incluso, abandono al que luego hubieran procedido?

Ambas preguntas aluden a un mismo fenómeno: los efectos del incumplimiento ya producido al tiempo de la transmisión o renuncia. Queda claro que, por su condición ambulatoria, cada actual y concreto titular debe respetar y cumplir con esas obligacio-

nes, desde su adquisición en adelante (**eficacia *ex nunc***). Pero ello no puede significar, por injusto, que deba soportar igualmente las consecuencias de las infracciones de los anteriores titulares (**eficacia *ex tunc***). Tampoco puede admitirse el simple abandono, la renuncia como causa para eludir la responsabilidad por deudas vencidas (**renuncia liberatoria**). Por lo tanto, mientras que los distintos implicados no convengan sobre el particular, mediante, por ejemplo, la asunción de la deuda por el adquirente, o no se disponga normativamente en una dirección distinta (cfr., por ejemplo, arts. 395, 575 y 599 del CC), cada titular habrá de continuar siendo responsable por los incumplimientos que a él se deban, sin poder eludir su responsabilidad por una contingente transmisión, ni se habilite el abandono del dominio, la renuncia al derecho real de que se trate más que *pro futuro*.

Precisiones

Nadie está obligado a ser propietario o titular de un derecho si no quiere. Pero como toda renuncia, esta no puede perjudicar a terceros, salvo que exista una excepción legal que lo contemple. En otras palabras, la renuncia al derecho real al que se vincula la oportuna obligación es lógica y perfectamente admisible, y, dada esa vinculación, la renuncia traerá consigo que el deudor se libre de las circunstancias de responsabilidad que con respecto a la cosa se produzcan «posteriormente», pero no de las obligaciones pendientes contraídas mientras hubiera sido titular.

EJEMPLO 11

En el marco de todo lo dicho, y retomando el supuesto de las expensas comunes en el régimen de la propiedad horizontal, la ley en la materia dispone como norma específica que, ante la transmisión de la unidad, el adquirente responderá «con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior»; añadiendo que el piso o local quedará «legalmente afecto» al cumplimiento de tal obligación.

El adquirente quedará obligado entonces al pago dentro de esos límites, si no quiere ver embargada su propiedad, y sin que, por ello, deje de estar obligado el anterior propietario. En todo caso, y para evitar al comprador la sorpresa de tener que responder por las

.../...

.../...

«deudas de otro», la Ley de Propiedad Horizontal prevé que «en el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión».

5.3. LOS DERECHOS REALES *IN FACIENDO*

Finalmente, los derechos reales *in faciendo* aluden a la eventualidad de un derecho real que conlleve a favor de su titular una conducta, una prestación positiva a cargo del propietario del bien gravado con ese derecho real. Se trata de una hipótesis rechazable en virtud de la nota esencial de inmediación que caracteriza a los derechos reales. Ello no empece, sin embargo, a que se señalen algunas de sus pretendidas excepciones, confirmatorias, en caso de aceptarse, del carácter general de la regla de la inherencia o inmediación tantas veces comentada.

La primera de sus expresiones concuerda con el régimen de las obligaciones *propter rem*. Como indican con su nombre, en su tratamiento el énfasis siempre se ha puesto en el lado pasivo de la prestación. Pero si se tiene en cuenta que no puede haber deuda sin acreedor y que es el comunitario el marco característico de esta clase de obligaciones, se colige que allá donde alguna de ellas exista se dará el consecuente y recíproco crédito *propter rem* a favor de los demás integrantes de la comunidad; en el ámbito característico de la propiedad horizontal, por ejemplo, los titulares de ese crédito serían los vecinos del deudor, que justamente lo serían en virtud de su dominio. En cualquier caso, no podría decirse que el contenido del derecho de propiedad en régimen de comunidad se cifre «exclusivamente» en ese crédito, por demás recíproco, entre vecinos, conclusión muy distinta a la que suscitan los censos.

En efecto, es el de censo la figura, sin duda, prototípica de los derechos reales *in faciendo*. Fórmula de gran predicamento en el Antiguo Régimen, se proyecta hoy con virtualidad anecdótica. Los censos, en esencia, son cargas reales en el sentido en que estas sue-

len definirse, a saber: derechos perpetuos o de muy larga duración que gravan un inmueble y por cuya virtud quien sea su propietario en cada momento deberá contribuir a su titular mediante el pago de un canon, a tanto alzado o por una parte de los frutos que se produzcan.

Precisiones

En el Código existen todavía reguladas tres clases: el censo enfiteútico, el reservativo y el consignativo.

- La **enfitéusis** o **censo enfiteútico** consiste en la cesión del dominio útil de un inmueble, quedándose el transmitente con su dominio directo (cfr. art. 1.604 del CC), un resabio que primordialmente le asegura el percibir una pensión anual del enfiteuta y un porcentaje sobre el precio en caso de que se transmita a título oneroso la finca, porcentaje que se conoce con el nombre de **laudemio**.
- Frente a la enfitéusis, el **censo reservativo** refleja, por su parte, la traslación del dominio pleno sobre un fundo contra el pago de un canon periódico; al transmitente se le llama **censualista**, mientras que al adquirente, sometido a la carga de abonar el canon, **censatario** o **censuario** (cfr. art. 1.607 del CC).
- El **censo** es, finalmente, **consignativo** «cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censualista por el capital que de este recibe en dinero» (art. 1.606 del CC). Se trataría de un instituto de muy difícil comprensión sin acudir al motivo de su nacimiento. En efecto, esta clase de censo surgió en la Edad Media como recurso de obtención de capitales para la agricultura evitando las prohibiciones dictadas contra los préstamos a interés y la usura. Así, los acreedores entregaban una cierta cantidad de dinero a cambio de constituirse, sobre los bienes de sus deudores, un gravamen que se basaba en el pago de una pensión perpetua o por tiempo indefinido.

Si bien parecido, el censo consignativo no es un derecho de garantía, un derecho convenido, como la hipoteca, para asegurar la devolución de un dinero que se anticipa; en realidad, actúa como la contraprestación que se ofrece para la concesión del crédito, y así, aunque con el pago periódico de la pensión se llegue a abonar el equivalente al total del capital en su día entregado, la pensión habrá de seguir pagándose.

Como vemos, en cualquiera de sus formas, el censo atestigua su cualidad de derecho real *in faciendo*, en la medida en que quien sea propietario del inmueble gravado por su medio habrá de proveer al pago de la suma o canon que inicialmente se haya establecido.

6. CLASIFICACIÓN

6.1. EL DERECHO REAL (DE PROTECCIÓN) PROVISIONAL: LA POSESIÓN

La **posesión** es un hecho al que el ordenamiento reconoce importantes consecuencias. La más elemental consiste en su misma protección. Quien posee algo está amparado para seguir poseyendo, de modo tal que si fuera inquietado, tendría la inherente facultad de instar su defensa. Pero la protección del poseedor no depende de que sea titular de un derecho sustantivo que como el dominio, usufructo o arrendamiento, por ejemplo, le atribuya la posesión del bien en concreto. Al contrario, el ordenamiento, por un criterio elemental favorable al mantenimiento de la paz social, considera que todo poseedor debe ser respetado por su mera condición de tal y sin que en ese expediente de protección inmediata, sumaria, por antonomasia llamado **interdictal**, deba acreditar si tiene un título apto que justifique su posesión. Por eso se califica de provisional, provisorio, que no temporal, para no confundir con aquellos derechos reales, todos ellos limitados, sometidos, por ley o título, a un plazo de duración o ejercicio.

Y, al revés, quien tenga un título que atribuya el derecho a poseer una cosa no estará legitimado, sin más y sin intervención de la autoridad, para expulsar a la persona que sin título, o con un título inválido o que considere de inferior categoría, esté poseyendo la cosa.

6.2. EL DERECHO REAL PLENO: EL DOMINIO (O PROPIEDAD)

La **propiedad** o el **dominio**, más correctamente esta segunda acepción cuando, como aquí, se trata desde la perspectiva de las cosas corporales, reúne, para serlo, tres condiciones elementales:

- La **exclusividad**. Dos personas, salvo en régimen de comunidad, no pueden ser titulares del derecho a la vez.
- La **plenitud**. No existe otro derecho sobre el bien que proporcione mayores utilidades.
- La **perpetuidad**. El dominio adquirido sobre cosas corpóreas no está sometido en principio y *per se* a un lapso de ejercicio predeterminado.

El dominio es tal porque se concibe como el único derecho pleno, de modo que si varias personas pudieran ser propietarias a la vez –sin incurrir, repito, en un supuesto de

condominio— la misma institución del dominio se pervertiría. Por tal razón, hasta el legislador (desde la exposición de motivos de la primera regulación en la materia, la hoy derogada Ley 42/1998, *vid.* Unidad 10) se ha preocupado por que el derecho de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno no se llame multipropiedad ni pueda ofrecerse al mercado empleando la palabra propiedad. Por el cúmulo de limitaciones, hasta temporales, a los que se sometería en su estatuto ese derecho, nos encontraríamos ante un derecho real limitado, un derecho real sobre cosa ajena.

6.3. LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

El propietario de una finca que consienta la constitución de una servidumbre o la dé en usufructo estará incidiendo, es obvio, sobre el amplio contenido que su titularidad hasta ese momento le aportaba. A estos derechos reales que actúan sobre alguna de las facultades integrantes del dominio se los denomina **limitados**. Y son limitados, justamente, porque, frente al dominio, no incorporan el grueso de facultades materiales que pueden tenerse con respecto a la cosa.

En puridad, los derechos reales limitados son también limitantes o limitativos, al construirse, como se ha dicho, a partir de la restricción que representan sobre el dominio de otro. Mientras se encuentren vigentes, las facultades de la propiedad quedarán comprimidas, restringidas o, incluso, temporalmente impedidas, no volviendo a su ser más que con la extinción de esos derechos que la gravan. Pero, en contra de lo que coloquialmente pudiera comprenderse, tales facultades no se enajenan, disgregan o desprenden del derecho de propiedad, siendo que el propietario conserva las que por esencia corresponden a su derecho, cuando no en efectividad —conjuntamente con el sujeto investido del derecho real limitado—, al menos en potencia. Por esto, cuando se extingue aquella investidura, las facultades no se hacen *res nullius*, ni vuelven no se sabe cómo al propietario, sino que por serle inherentes, por no haberlas perdido nunca, se presentan ahora en plenitud. El fenómeno se compara por Ahrens con el hombre que lleva una carga, el cual, cuando la deja, recupera en su fuerza y poder generales la energía especial que servía para sostenerla. Se entiende ahora el significado del atributo de *elasticidad* que se predica del dominio.

Los derechos reales limitados son, además, derechos sobre cosa ajena. La calificación remite al hecho de que recaen siempre sobre cosas cuya propiedad pertenece a una persona distinta de su titular. Si el titular del derecho limitado adquiere posteriormente el dominio, será este el derecho que comprenderá todos sus intereses. En otras palabras: nadie tendría un derecho limitado sobre una cosa, ostentando, a su vez, su dominio, por la sencilla razón de que el dominio integraría todas las facultades de uso, disfrute o disposición que sobre ella pueden tenerse. Es el *nemini res sua servit* que rige como principio en la materia.

En cuanto a su propia clasificación, en el Derecho común se observan tres clases de derechos reales limitados, a saber:

- Destacan, en primer lugar, los **derechos de goce o disfrute**, llamados así por conceder a su titular la utilización o explotación de la cosa. Estos derechos se distinguen, a su vez, según el modo en que hayan de limitar el derecho de propiedad. Los de grado superior serán aquellos que, como los de usufructo, uso, habitación o superficie, habrían de reducir considerablemente las utilidades con las que se quedara el propietario. El derecho de servidumbre, por el contrario, procuraría a su titular un provecho menor sobre la cosa, sin impedir, más que en lo imprescindible, que su propietario la siga reeditando; así, atravesar un fundo, obtener agua de una fuente, etc. La distinción tiene gran importancia, pues el carácter perpetuo solo se llega a reconocer como posibilidad para las servidumbres, precisamente por no alterar, con su ilimitada vigencia, la función económica del dominio.
- El segundo grupo lo conforman los **derechos reales de garantía** (hipoteca, prenda, anticresis y retención). Lo que caracteriza a estos derechos no es la posibilidad de que sus titulares usen o gocen de un bien, al menos, no fundamentalmente.

Precisiones

Téngase en cuenta, en este sentido, que la prenda, aunque no habitualmente, puede habilitar a que el acreedor use o disfrute de la cosa (cfr. art. 1.870 del CC), convención conocida desde antiguo y en la que encontraría sus orígenes el derecho autónomo de anticresis. En efecto, el disfrute que de la cosa efectúa el acreedor anticrético resulta el matiz diferenciador de su derecho con respecto al resto de los de garantía, aprovechamiento que se vincula, indisolublemente, al pago de capital y/o intereses.

Lo que hace, por el contrario, a la esencia de los derechos de garantía es la sujeción del bien al cumplimiento del crédito para cuyo aseguramiento se convienen. Si el crédito no se paga, su titular estará legitimado –aunque en el ínterin haya pasado a manos de un tercero– para demandar la venta o ejecución del bien, a fin de satisfacerse con lo que se obtenga. Por ello es que estas figuras también reciben el nombre de derechos de realización de valor, pues será a través de la liquidación del objeto como su titular podrá materializar, en último caso, sus expectativas.

- El tercer y último grupo lo constituyen los **derechos de adquisición**, cuya naturaleza jurídico-real se encuentra fuertemente discutida al faltar en todos ellos la nota de inmediación de los derechos reales. No ocurre como con los derechos de garantía, donde solo la hipoteca ofrece estas dificultades, y su devenir histórico, a partir de la prenda manual, ayuda a salvarla en alguna medida. No, aquí toda la categoría cimienta su oponibilidad en la existencia de un mandato legal (cfr. arts. 1.521 y ss. del CC; arts. 25 y 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, etc.) o por acceder al registro (por ejemplo, art. 14 del RH). Es el caso de los derechos de opción, tanteo o retracto. En virtud de cualquiera de ellos, su titular puede exigir que se le transmita la propiedad de una cosa. En concreto, el derecho de opción se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio antes convenidos; el de retracto, por la posibilidad de dejar sin efecto la transmisión de una cosa, a fin de adquirirla; y el de tanteo, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida a enajenarlo. Para este último caso, por supuesto que si el propietario dispusiera de la cosa sin habérselo comunicado, el titular del derecho de tanteo habría de contar, igualmente, con el de retracto, al objeto de poder inutilizar la transmisión ya realizada.

7. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CREACIÓN DE LOS DERECHOS REALES: ATIPICIDAD O NUMERUS CLAUSUS

En relación con la posibilidad de que los particulares creen derechos reales diversos a los que legalmente se establece, existen dos modelos normativos. En el primero, denominado de **lista cerrada** o **numerus clausus**, no existen más derechos reales que los tipificados. Las partes carecen de facultad para definir nuevas figuras con contenido jurídico-real; no vale tampoco la modificación sustancial de las que se encuentren previstas. El sistema rige en países como Alemania, Suiza, Italia, Portugal o, incluso, Japón y descansa en el deseo de proteger, concediéndoles eficacia frente a terceros, «a aquellos intereses tradicionalmente reconocidos, y mantener alejados de la vida jurídica aquellos tipos de derecho real que no responden a necesidades comprobadas. Precisamente el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales; el amplio círculo de intereses que por ellas son afectados, hace que la autonomía de la voluntad deba, en ellas, ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias» (Cossío).

En cuanto principio, la *tipicidad de los derechos reales*, allí donde se ordena, se inspira en razones de orden público-económico, y se perfila como una consecuencia del especial deber de respeto que los acompaña. Si las propiedades pudieran estar afectadas por un número ilimitado de cargas y gravámenes, cuya constitución y contenido quedara a la libre decisión de los particulares, habría de resultar un estado de inseguridad muy poco favorecedor para el tráfico, al obedecer a su mera voluntad los derechos que, se supone, habrían de afectar a terceros adquirentes. El carácter real de un derecho tendría, por consiguiente, efectos demasiado graves para que el Estado no rija su formación, en tanto nada impide que se favorezca la formación de nuevos tipos entre las obligaciones, para mejor permitir a los interesados que den cauce a sus relaciones interpersonales, sometidas al principio de relatividad en sus efectos (cfr. art. 1.257 del CC), pero hacer lo propio con respecto a los derechos reales obviaría su natural proyección frente a terceros (Fairén).

Precisiones

Al hilo de las distintas etapas en que se resuelve la evolución del Derecho de cosas, el *numerus clausus* se presenta como fruto directo del liberalismo. En su virtud, el dominio se considera una extensión de la libertad del hombre, de modo que solo pueda gravarse de la manera que consienta quien sea en cada momento su titular y permita el Estado por razones de interés colectivo. Así, las servidumbres se justificarían por el mejor aprovechamiento que de los fundos acarrearían; la hipoteca, por la conveniencia de facilitar el acceso al crédito, etc.

Frente a la rígida tasación de los derechos reales posibles, **el sistema de lista abierta** o *numerus apertus* permite que los interesados puedan adoptar, en sus operaciones, derechos reales distintos a los acuñados. Es el sistema al que se adscriben, no sin reparos, ordenamientos tales como el francés o el español.

En lo que específicamente respecta a nuestro sistema, ante el silencio del Código, la doctrina defiende la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y «otros cualesquiera derechos reales» (art. 2 de la LH) o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste «cualquier acto o contrato de *trascendencia real*, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales» (art. 7 del RH).

Ahora bien, como también apuntan los autores, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o carezcan de la suficiente justificación económica o social (conceptos indeterminados donde los haya). En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano gubernativo cuyas resoluciones terminan por definir si un título puede llegar a inscribirse:

«[L]a configuración de situaciones jurídico reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia *erga omnes* del estatuto de la propiedad inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. arts. 2 de la LH y 7 del RH) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez *inter partes* de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser exceptuada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas.»

En suma, en nuestro ordenamiento parecería imponerse una suerte de *tipicidad* no ya legal, sino *causal*, en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados (lo que sucediera antes de su regulación con el llamado tiempo compartido, mejor, hoy, para nuestra legislación, derecho de aprovechamiento por turnos de un inmueble con fines turísticos). Y, por ello mismo, si la figura conculcara el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines no podría adoptarse.

EJEMPLO 12

Siguiendo una Resolución de 4 de enero de 1927, Díez Picazo y Gullón Ballesteros afirman, en este orden de cosas, que en una economía de mercado, donde el precio varía en función de la ley de la oferta y la demanda, sería contrario al orden público la atribución de un derecho de adquisición preferente a una persona, sin limitación de plazo para su ejercicio y

.../...

.../...

por un precio fijado de antemano. En el supuesto, más que de un nuevo derecho real, se trataría de la modificación «en su esencia» de una de esas fórmulas admitidas en la legislación con efectos reales como es el derecho de opción.

Desde luego, no podría alcanzar eficacia jurídico-real, no resultaría oponible a terceros cualquier nueva fórmula con un contenido meramente prestacional. En este sentido, los particulares no podrían gravar indiscriminadamente los bienes sujetándolos a la obligación de realizar determinadas prestaciones, o lo que es lo mismo, vinculando a cualquier tercero que suceda en la propiedad del bien como si él mismo se hubiese obligado. El contenido de ese pretendido derecho real no consistiría en un simple tolerar, sino en la realización «personal y efectiva» de lo convenido antes por otras personas.

Las fuentes nos ofrecen un buen y sencillo ejemplo. Lucio Ticio se comprometió a entregar a Cayo Seyo, quien tenía una finca colindante, una parte de su cosecha anual de trigo. Pasado un tiempo, Lucio vendió el fundo a Cornelio, expresándose en el acto de venta que el adquirente asumía la propiedad del fundo en el estado en que tal momento se encontraba; exactamente se utilizaron las siguientes palabras: «con el derecho y la condición con que hoy son de Lucio Ticio estos predios así se venden y así se tendrán». Se preguntó si acaso estaría obligado el comprador, esto es, Cornelio, a la prestación anual de trigo convenida, a lo que el maestro Scévola respondió que en modo alguno (*Digesto*, 18, 1, 81, 1).

8. LA NORMATIVA BÁSICA DEL DERECHO DE COSAS

En atención a las fuentes del Derecho español de cosas, se ha de comenzar por el artículo 33.1 de la **Constitución** donde se reconoce el derecho a la propiedad privada, debiéndose entender comprendido en la noción cualquier derecho susceptible de valoración patrimonial y atribución particular. Desde este prisma, y continuando con la numeración del precepto, los derechos reales quedarían delimitados en su contenido por su función social, de acuerdo con las leyes donde se disciplinen o regulen, no pudiendo ser su titular sustraído de ellos sino por causa de utilidad pública o interés social (expropiación), y ello mediando, en todo caso, oportuna indemnización.

La Constitución también es importante al haber respetado en su desarrollo la competencia legislativa de las regiones históricas en materia foral, de gran predicamento tratándose de nuestra disciplina. La mayoría se ha limitado a compendiar, modernizándolas, las instituciones relativas, propias mayormente de un entorno agrario. Pero Cataluña ha ido mucho más lejos, habiéndose abocado al dictado por partes de todo un Código Civil. Concretamente, la *Llei* 5/2006, de 10 de mayo, que ha aprobado el libro quinto del *Codi*, es la que se encargaría de los derechos reales.

Volviendo al Derecho común, el Derecho de cosas no encuentra un asidero único en el **Código Civil**. Antes bien, sus normas se encuentran desperdigadas en los tres últimos libros del Código, obviando el primer inciso del artículo 10 que para las relaciones reales con elemento internacional fija la ley del lugar donde se halle el bien la aplicable (es el principio de la *lex rei sitae*).

En el **libro II** («**De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones**») se comienza por clasificar los bienes, según sean muebles o inmuebles, o sean de dominio público o privado, para pasar, en títulos separados, a ocuparse de la propiedad, de la comunidad de bienes, de algunas propiedades especiales (aguas, minerales y propiedad intelectual), de la posesión, del usufructo, uso y habitación, y de las servidumbres, conteniendo una acotación final sobre el Registro de la Propiedad, a modo de remisión a la legislación hipotecaria como sabemos anterior al Código Civil. Esto es algo que igual puede decirse respecto de la inicial integración de ciertos bienes en el dominio público o patrimonio del Estado, así como de esos acápites que se dedican a las propiedades especiales, abordados como se encuentran en su propia legislación (en referencia, hoy, a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, la Ley de Minas de 1973, la de Aguas de 2001 y la de Montes de 2003).

El heterogéneo, por su contenido, **libro III** se ocupa «**De los diferentes modos de adquirir la propiedad**», pero, claro, no solo de esta, como desde un primer momento señala su primer y consabido precepto al enunciar los medios por los que se adquieren y transmiten la propiedad «y los demás derechos sobre los bienes», a saber: «por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», agregando que «pueden también adquirirse por medio de la prescripción» (art. 609).

En el **libro IV**, que se presenta bajo el título «**De las obligaciones y contratos**», se incluye la regulación sobre los censos, la hipoteca, la prenda y la anticresis. Esta dislocación normativa se debe a que el legislador pareciera haberse centrado en la fuente de constitución de estos derechos, de índole normal aunque no exclusivamente convencional o voluntaria. Con motivo de la compraventa, también es importante este libro por regular la tradición, y en tal sede desarrollar la teoría del título y el modo. En cambio, la disciplina que contiene finalmente sobre la usucapión se manifestaría, por su ubicación, a todas luces desacertada, en cuanto medio de adquisición que resulta.

El sistema se completa con una serie de leyes de carácter específico o sectorial. A la ya citada y muy relevante Ley Hipotecaria, junto con el extenso reglamento que la desarrolla, deben sumarse, entre otras, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954, la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (modifica-

da en última ocasión en 1999) o la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de 1998. A toda esta normativa se han de añadir aquellas disposiciones de índole procesal, administrativa o tributaria que inciden, de manera significativa, en la materia: así, la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto proporciona y regula los cauces de protección de los derechos reales; las Leyes del Suelo, estatal y autonómicas, que delimitan el contenido de la propiedad a efectos urbanísticos, etc.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- En el ámbito patrimonial tres son las grandes clases de derechos subjetivos: personales, reales e intelectuales.
 - **Derecho personal** es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos (aún indeterminada en la actualidad), un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna; así en las puras obligaciones de hacer algo incorporal, como vigilar; mientras el derecho real exige una cosa, y puede subsistir con una persona sola.
 - El **derecho real** es la potestad que tiene una persona sobre una o más cosas de carácter corporal. Existe cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otro sujeto. Por tanto, derecho real constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa: aquella como sujeto, y esta cual objeto.
 - Es **intelectual**, en tercer lugar, el derecho que se reconoce sobre los productos de la inteligencia, que son de suyo bienes inmateriales. Pareciéndose más estos derechos a los reales, por cuanto no existiría en ellos un sujeto especialmente obligado como en los derechos personales o de crédito, se distinguirían de aquellos, no obstante, por importantes razones de fondo todas ellas vinculadas a la naturaleza inmaterial de los bienes objeto.
- Entre las teorías que se han formulado para explicar el derecho real, la más **tradicional** parte de su perfecta distinción de los derechos personales. En este sentido, el derecho real se postula como una relación jurídica que une al individuo con las cosas y de la que surge a su favor un poder inmediato susceptible de ejercitarse sin que se precise el obrar de persona alguna. Por medio del derecho real se atribuirán directamente a su titular los beneficios que la cosa haya de dispensarle, pudiendo hacerse valer frente a todos (*erga omnes*), quienes estarán sometidos al deber de respetarlo.

En contraposición, el derecho personal supone una relación entre dos personas, por la que una de ellas tiene la facultad de exigir de la otra un deter-

minado comportamiento, activo (hacer, dar) u omisivo (no hacer). En los derechos personales se requiere, entonces, de la colaboración del obligado. El cumplimiento de la obligación solo podrá exigirse frente al deudor o, a lo sumo, a sus herederos.

- Frente a la postura clásica, la **teoría obligacionista** destaca la imposibilidad de que una relación jurídica tenga lugar entre una persona y una cosa, pues la propia noción impone un factor de imprescindible alteridad. Los hombres no pueden relacionarse jurídicamente con las cosas, como tampoco puede haber un derecho sin la correspondiente obligación; en la soledad de su isla, nadie diría que Robinson fuera propietario.

A partir de todo ello, los valedores de esta posición, muy de moda a comienzos del siglo XX, proponen una nueva concepción del derecho comúnmente tenido por real. Se trataría de una modalidad de derecho personal cuya singularidad estriba en la amplitud o extensión del sujeto obligado, en cuanto con respecto a su titular estarían obligados todos los demás integrantes de la sociedad, que deberían procurar no interferir en sus intereses. Consecuentemente, podría hablarse de una suerte de obligación pasiva universal, contenido propio y distintivo del derecho real.

- Confrontando ambas teorías surge, y parece imponerse, una tercera teoría, la **teoría ecléctica o intermedia**, en cuya virtud en el derecho real cabría observar dos aspectos que funcionan como las dos caras de una misma moneda: un **aspecto interno o inmediación** y un **aspecto externo o absolutividad**. Como consecuencia, el derecho real podría finalmente comprenderse como esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre una cosa, a resultas del cual esta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio, con tal de que haya podido conocerlo, saber de la existencia de ese derecho (**oponibilidad**).
 - Al subrayar, como se acaba de hacer, que el derecho real refleja un poder inmediato y directo sobre una cosa (**principio de inmediación**), se hace en el sentido de que los beneficios que derivan de ese poder se disfrutan y obtienen sin intermediación, sin la necesidad del obrar de otra persona. Supone esta la gran diferencia entre los derechos reales y los personales.
 - Con base en su inmediación, la **absolutividad** de los derechos reales significa que ese poder directo que conllevan exige un deber general de respeto por todos los demás. Se alude, así, a la consustancial

proyección *erga omnes* de los derechos reales, a su oponibilidad. Sin embargo, no es una nota exclusiva suya, predicándose también de algunos otros derechos, como los personalísimos o, según ya se ha dicho, los intelectuales, pero que si son absolutos lo son por fundamentos muy distintos.

En su régimen, la cualidad absoluta de los derechos reales influye a partir de los postulados de **prioridad y reipersecutoriedad**. Por el primero, quien constituyó antes su derecho real sobre una cosa se habrá de imponer frente a quien no tiene derecho alguno, o teniéndolo, lo adquirió o pretendió hacerlo más tarde; por el segundo, el titular de un derecho real gozará de la inderogable facultad de perseguir la cosa, de exigir la retribución de sus utilidades, allá donde se halle y frente a cualquiera que la ostente.

- Pero, la absolutividad, vista así, aún debe distinguirse de la **oponibilidad**, que supone su concreción particular en los hechos. Los derechos reales se dirían absolutos, esto es, estarían llamados a ser respetados por todos, hayan o no convenido estos con el titular de ese derecho en particular (así, tanto tendría que respetar el derecho real de propiedad el anterior propietario que se lo hubiera vendido al actual, como el tercero que pasara por la calle). Pero ese deber general de respeto (absolutividad, proyección *erga omnes*) cedería cuando el tercero frente al que se alegara no hubiera tenido medios materiales para conocer de su existencia. En tal caso, el derecho real, pese a todo, no le resultaría oponible.
- A partir de la construcción teórica que se mantenga, con preferencia por la ecléctica, como principales criterios de distinción entre los derechos reales y los obligacionales pueden citarse los siguientes:
 - **Por los sujetos intervinientes.** Más allá de cuál sea el resultado de la pugna entre las distintas teorías formuladas acerca de la noción de derecho real, uno de los matices básicos para diferenciarlo de los personales pasa por quien haya de resultar el sujeto pasivo en cada situación. Mientras que los derechos personales se caracterizan por comprometer a una persona o conjunto de personas determinadas, los derechos reales tienen como sujeto pasivo la comunidad en general. En otras palabras, en el derecho real la relación se despersonaliza poniendo el enfoque en el cúmulo de utilidades que su titular puede obtener directamente de la cosa.

El criterio, que se antoja básico para nuestra disciplina, merece aclararse en atención a los derechos reales de carácter limitado (usufructo, servidumbre, etc.). En ellos, aunque es cierto que su titular se vinculará directamente con la cosa, también se observa la existencia de una persona especialmente obligada: el propietario de la cosa gravada. En este sentido, al propietario se le podría tener por sujeto pasivo determinado, al estilo de los derechos personales, aunque no por ello debería perderse de vista:

- El deber genérico de abstención al que seguiría sometiéndose el resto de la comunidad;
 - El dato de que la determinación de ese sujeto se hará a partir de su relación de dominio con la cosa, factor que, en cualquier caso, no suele hacerse presente para los derechos personales, donde el sujeto pasivo se individualiza de modo directo y sin acudir a expediente de remisión alguno (como en nuestro caso sería esa vinculación *ob rem* del propietario).
- **Por su objeto.** En tanto que los derechos reales versan sobre cosas corporales, determinadas y existentes, los personales tienen un objeto mucho más amplio, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, por lo que pueden tratar sobre cosas incorporeales, genéricas o futuras. No obstante, en ocasiones la distancia entre ambas categorías parece acortarse. Es el caso de esas obligaciones consistentes en dar una cosa cierta y determinada. A ellas se alude con el término de *ius ad rem*, en la medida en que el interés del acreedor se encuentra puesto en una cosa concreta, perfectamente delimitada.

Pero la equiparación total no se produce, dado que también para estos casos se hace necesaria la intervención del deudor a fin de que la expectativa del acreedor se realice. Y será esa prestación, justamente de dar, el objeto inmediato de tales obligaciones. Mientras no proceda la entrega, la cosa solo podrá considerarse el mediato objeto de la prestación, al igual que, sin ir más lejos, puede predicarse del resto de los bienes del deudor, en cuanto su patrimonio se halla afectado por ley al cumplimiento de sus obligaciones.

- **Por su contenido y efectos.** Básicamente, el derecho real confiere un poder de exclusión frente a los demás, poder que puede ejercitarse contra cualquiera, sea quien sea la persona que tenga la cosa; solo cuando entren en juego las reglas favorecedoras del tráfico jurídico y

del tercero de buena fe (cfr. arts. 464 del CC y 34 de la LH), podría dejar de triunfar la titularidad del interesado. El derecho personal, por el contrario, lo que atribuye es el poder de exigir y demandar la prestación de la persona especial y directamente obligada. De modo que, en principio, ese poder solo alcanzaría a la cosa objeto de la prestación (obligaciones de dar), si aún se localizara en poder del obligado. El derecho real se concluye, por tanto, absoluto; el personal, relativo.

- **Por el modo y las causas para su extinción.** Finalmente, los derechos reales están llamados a la permanencia, los personales, a su extinción. El ejercicio de los primeros, lejos de extinguirlos, los consolida; el de los segundos los consume. Además, los derechos reales se extinguen por la destrucción de la cosa, lo cual no sucede con los personales, a cuyo respecto la pérdida no extingue la obligación, salvo que se trate de una obligación cuyo objeto sea una cosa en específico y el obligado no resulte culpable de su pérdida o destrucción.
- Siendo tales las diferencias estructurales entre los derechos reales y los de crédito, se dan supuestos en que la distinción no parece tan clara; es el caso de los derechos a la cosa o *ad rem*, las obligaciones *propter rem* y los derechos reales *in faciendo*.
 - El *ius ad rem* es un derecho personal, cualificado porque concede a la persona de su titular una expectativa de adquisición sobre una cosa concreta y determinada. En un ordenamiento como el español, afiliado al sistema de adquisición de los derechos reales basado en la concurrencia de título y modo, sería el derecho que corresponde a quien goza de título, pero todavía no ha podido entrar en la posesión de la cosa referida; y a la inversa, el de aquel que, teniendo en su poder la cosa, se encuentra a la espera de suscribir el oportuno contrato traslativo que lo haga propietario. Estamos, por tanto, ante derechos estrictamente personales, que, sin embargo, y esto les otorga interés, en determinadas ocasiones pueden disfrutarse de un alcance superior al que les corresponde por su naturaleza. Lo importante de la institución es, reitero, que, estando ante un derecho personal, este derecho se ve cualificado al encontrarse señalado, fijado el bien a que llama la prestación.
 - Se juzgan **obligaciones reales** o *propter rem* aquellos derechos de crédito en los que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa; de ahí que reciban también el nombre de ambulatorias.

Para la comprensión de este tipo especial de obligaciones, se debe puntualizar, lo primero, sobre la inexistencia, en sector alguno del ordenamiento, de derechos absolutos, en el sentido de ejercitables sin más limitaciones que las dispuestas por su titular. Los derechos reales no podrían ser menos, hallándose limitados por una serie de obligaciones, de contenido siempre accesorio, que los modularían en su ejercicio: así, el propietario no puede verter inmisiones gravemente perjudiciales en los fundos vecinos; el condómino está obligado a contribuir a los gastos comunes; el usufructuario debe respetar la sustancia y destino económico de la cosa; el acreedor pignoraticio o anticrético debe conservar diligentemente la cosa entregada que se le haya entregado en garantía, etc. En virtud de esto último, se vislumbra el sentido verdadero de las obligaciones *propter rem*: son obligaciones accesorias que acompañarían, integrarían por virtud legal, el contenido del derecho real de que se trate, resulta, entonces, obligado quien en cada momento ostente su correspondiente titularidad.

- En tercer y último lugar dentro de esta lista de figuras intermedias, los **derechos reales *in faciendo*** aluden a la eventualidad de un derecho real que conlleve a favor de su titular una conducta, una prestación positiva a cargo del propietario del bien gravado con ese derecho real. Se trata de una hipótesis rechazable en virtud de los patrones básicos que singularizan a los derechos reales, más allá de que existan algunas manifestaciones de carácter excepcional mantenidas en el Código Civil por razón de tradición histórica (por ejemplo, censos).
- En su clasificación, los derechos reales pueden presentarse conforme a tres categorías; son las siguientes:
 - **El derecho real (de protección) provisional: la posesión.** La posesión es un hecho al que el ordenamiento reconoce importantes consecuencias. La más elemental consiste en su misma protección. Quien posee algo, está amparado para seguir poseyendo, de modo tal que si fuera inquietado, tendría la inherente facultad de instar su defensa. Pero la protección del poseedor no depende de que sea titular de un derecho sustantivo que como el dominio, usufructo o arrendamiento, por ejemplo, le atribuya la posesión del bien en concreto. Al contrario, el ordenamiento, por un criterio elemental favorable al mantenimiento de la paz social, considera que todo poseedor debe ser respetado

por su mera condición de tal y sin que en ese expediente de protección inmediata, sumaria, por antonomasia llamado **interdictal**, deba acreditar si tiene un título apto que justifique su posesión. Por eso se califica de provisional, provisorio, que no temporal, para no confundir con aquellos derechos reales, todos ellos limitados, sometidos, por ley o título, a un plazo de duración o ejercicio. Y, al revés, quien tenga un título que atribuya el derecho a poseer una cosa, no estará legitimado, sin más y sin intervención de la autoridad, para expulsar a la persona que sin título, o con un título inválido o que considere de inferior categoría, esté poseyendo la cosa.

- El **derecho real pleno: el dominio (o propiedad)**. La propiedad o el dominio, más correctamente en esta segunda acepción cuando, como aquí, se trata desde la perspectiva de las cosas corporales, reúne, para serlo, tres condiciones elementales:
 - La **exclusividad**. Dos personas, salvo en régimen de comunidad, no pueden ser titulares del derecho a la vez.
 - La **plenitud**. No existe otro derecho sobre el bien que proporcione mayores utilidades y
 - La **perpetuidad**. El dominio adquirido sobre cosas corpóreas no está sometido en principio y *per se* a un lapso de ejercicio predeterminado.
- Los **derechos reales limitados** son derechos sobre cosa ajena. La calificación remite al hecho de que recaen siempre sobre cosas cuya propiedad pertenece a una persona distinta de su titular. Si el titular del derecho limitado adquiere posteriormente el dominio, será este el derecho que comprenderá todos sus intereses. En otras palabras: nadie tendría un derecho limitado sobre una cosa, ostentando, a su vez, su dominio, por la sencilla razón de que el dominio integraría todas las facultades de uso, disfrute o disposición que sobre ella puedan tenerse. Es el *nemini res sua servit* que rige como principio en la materia.

En cuanto a su propia clasificación, en el Derecho común se observan tres clases de derechos reales limitados, a saber:

- Destacan, en primer lugar, los **derechos de goce o disfrute**, llamados así por conceder a su titular la utilización o explota-

ción de la cosa. Estos derechos se distinguen, a su vez, según el modo en que hayan de limitar el derecho de propiedad. Los de grado superior serán aquellos que, como los de usufructo, uso, habitación, superficie habrían de reducir considerablemente las utilidades con las que se quedara el propietario. El derecho de servidumbre, por el contrario, procuraría a su titular un provecho menor sobre la cosa, sin impedir, más que en lo imprescindible, que su propietario la siga redituando; así, atravesar un fundo, obtener agua de una fuente, etc. La distinción tiene gran importancia, pues el carácter perpetuo solo se llega a reconocer para las servidumbres, precisamente por no alterar, con su ilimitada vigencia, la función económica del dominio.

- El segundo grupo lo conforman los **derechos reales de garantía** (hipoteca, prenda, anticresis y retención). Lo que caracteriza a estos derechos es la sujeción del bien al cumplimiento del crédito para cuyo aseguramiento se convienen. Si el crédito no se paga, su titular estará legitimado –aunque en el ínterin haya pasado a manos de un tercero– para demandar la venta o ejecución del bien, a fin de satisfacerse con lo que se obtenga. Por ello estas figuras también reciben el nombre de derechos de realización de valor, pues será a través de la liquidación del objeto como su titular podrá materializar, en último caso, sus expectativas.
- El tercer y último grupo lo constituyen los **derechos de adquisición**, cuya naturaleza jurídico-real se encuentra fuertemente discutida al faltar en todos ellos la nota de inmediatez de los derechos reales. No ocurre como con los derechos de garantía, donde solo la hipoteca ofrece estas dificultades, y su devenir histórico, a partir de la prenda manual, ayuda a salvarla en alguna medida. No, aquí toda la categoría cimienta su oponibilidad en la existencia de un mandato legal (cfr. art. 1.521 y ss. del CC; arts. 25 y 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, etc.) o por acceder al registro (por ejemplo, art. 14 del Reglamento Hipotecario). Es el caso de los derechos de opción, tanteo o retracto. En virtud de cualquiera de ellos, su titular puede exigir que se le trasmita la propiedad de una cosa. En concreto, el **derecho de opción** se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio antes convenidos; el de **retracto**, por la posibilidad de

dejar sin efecto la transmisión de una cosa, a fin de adquirirla; y el de **tanteo**, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida a enajenarlo. Para este último caso, por supuesto que si el propietario dispusiera de la cosa sin habérselo comunicado, el titular del derecho de tanteo habría de contar, igualmente, con el de retracto, al objeto de poder inutilizar la transmisión ya realizada.

- En relación con la posibilidad de que los particulares creen derechos reales diversos a los que legalmente se establece, existen dos modelos normativos. En el primero, denominado de **lista cerrada** o *numerus clausus*, no existen más derechos reales que los tipificados. Las partes carecen de competencia para definir nuevas figuras con contenido jurídico-real, no valiendo tampoco la modificación sustancial de las que se encuentren previstas.

En cuanto principio, la tipicidad de los derechos reales, allí donde se ordena, se inspira en razones de orden público económico, y se perfila como una consecuencia del especial deber de respeto que los acompaña. Si las propiedades pudieran estar afectadas por un número ilimitado de cargas y gravámenes, cuya constitución y contenido quedara a la libre decisión de los particulares, habría de resultar un estado de inseguridad muy poco favorecedor para el tráfico, al obedecer a su mera voluntad, los derechos que, se supone, habrían de afectar a terceros adquirentes. El carácter real de un derecho tendría, por consiguiente, efectos demasiado graves para que el Estado no rija su formación, en tanto nada impide que se favorezca la formación de nuevos tipos de obligaciones, para mejor permitir a los coasociados que den cauce a sus relaciones interpersonales, sometidas al principio de relatividad en sus efectos (cfr. art. 1.257 del CC), pero hacer lo propio con respecto a los derechos reales obviaría su natural proyección frente a terceros (Fairén).

Frente a la rígida tasación de los derechos reales posibles, **el sistema de lista abierta** o *numerus apertus* permite que los interesados puedan adoptar, en sus operaciones, derechos reales distintos a los acuñados. Es el sistema al que se adscribe, no sin reparos, el ordenamiento francés o el español.

- En efecto, ante el silencio del Código Civil entre nosotros mayoritariamente se defiende la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y «otros cualesquiera derechos

reales» (art. 2 de la LH) o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste «cualquier acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales» (art. 7 del RH).

Ahora bien, como también suele apuntarse, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o carezcan de la suficiente justificación económica o social (conceptos indeterminados donde los haya). En nuestro ordenamiento parecería imponerse, así, una suerte de tipicidad no ya legal, sino causal, en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados (lo que sucediera antes de su regulación con el llamado tiempo compartido, el derecho de aprovechamiento por turnos de un inmueble con fines turísticos). Y, por ello mismo, si la figura conculcara el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines, no podría adoptarse.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Explica las notas de inmediación y oponibilidad que se predicán de los derechos reales.

Enunciado 2

Sobre los temas propios de nuestra materia, Kant se despacha como sigue:

«Es claro que un hombre que existiera completamente solo sobre la Tierra no podría propiamente tener ni adquirir nada exterior como suyo, porque entre él como persona, y todas las otras cosas exteriores como cosas, no cabe la menor relación de obligación. No hay, pues, propiamente hablando, ningún derecho (directo) a una cosa; pero se llama así a lo que corresponde a uno de respecto de una cosa que está en comunidad de posesión (en estado de sociedad) con todos las demás». Y es que, añadía, «sería absurdo suponer la obligación de una persona respecto de una cosa y recíprocamente, aunque sea muy admisible hacer sensible una relación jurídica mediante esta imagen».

Asimismo, Kelsen se expresa del siguiente modo:

«Dado que el Derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación –inmediata o mediata– con otros hombres, la propiedad (como derecho real por excelencia, dice) no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de estos en no impedir la disposición que este haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de una persona sobre una cosa consiste en la exclusión estatuida por el orden jurídico de todos los demás de la disposición de esta. El "dominio" del primero no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros...»

Pues bien, ¿a qué teoría de las expuestas en esta Unidad didáctica sobre el derecho real habrían de adscribirse cada una de tales opiniones?

Enunciado 3

Aquel derecho de crédito en que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa es:

- a) Un derecho real.
- b) Un derecho real especial, por *in faciendo*.

- c) Una obligación *propter rem*.
- d) Una expectativa de adquisición de un derecho real, esto es, un *ius ad rem*.

Enunciado 4

¿Qué clase de derecho tendrías sobre una cosa que has vendido y entregado a un comprador que te debe el precio? ¿Sería ese derecho oponible frente al tercero que adquiriese el mismo bien de ese primer comprador cuando, como es el caso, todavía te debiera el precio?

Enunciado 5

En el sistema español existe:

- a) Una plena libertad para la creación de nuevos derechos reales por parte de los particulares.
- b) Una cierta tipicidad de los derechos reales.
- c) La prohibición expresa de crear nuevos derechos reales distintos a los legislados.
- d) Un elenco cerrado de fórmulas jurídico-reales.

Solución 1

Como primera nota esencial de los derechos reales, la inmediación supone que las ventajas que haya de reportar directamente la cosa a su titular, las obtendrá este sin intermediación de particular alguno para su consecución, sin que exista una persona especialmente obligada que como en los derechos de crédito deba cumplir con una prestación a su favor.

La oponibilidad, por su parte, significa que el haz de facultades que distingue al derecho real se puede hacer valer frente a cualquiera que haya conocido o podido conocer de la expectativa previa, del interés patrimonial de quien alegue su titularidad sobre la cosa. Tal es la razón por la que conviene el concepto de oponibilidad frente al genérico de absolutividad, pues no todo derecho real por serlo habrá de imponerse en el caso, si es que, como se dice, el tercero frente al que se alegara no hubiera podido conocer cuando contrató sobre el bien. Los derechos reales, o dicho en objetivo, la eficacia jurídico-real dependerá a la postre del conocimiento adquirido por terceros, conocimiento que debe posibilitarse por el ordenamiento en el modo y manera en que las características del bien (grado de más segura identificabilidad, valor, etc.) mejor lo dispongan. Ello explica que no exista un aparato de publicidad institucional, no se prevea la publicidad registral con un carácter general más que con respecto a los bienes inmuebles, cosas fácilmente identificables («siempre están en el mismo lugar») y de cierto valor.

Solución 2

Ambas opiniones se adscriben a la teoría que se conviene en llamar obligacionista, ya que ninguno de los dos autores concibe el derecho real de otra forma que no sea como relación jurídica entre quien ha de tenerse por titular de ese derecho y el resto de integrantes de la comunidad.

Según la teoría obligacionista, recuérdese entre las formuladas en torno al derecho real, todo derecho (subjetivo) presupone un correlativo deber, no pudiendo existir relaciones jurídicas más que entre personas. Así, si todo derecho implica la facultad en un sujeto de exigir algo de otro, al final el derecho real solo podría concebirse en clave negativa, a saber, como el poder de excluir a los demás con respecto a la cosa.

Solución 3

c) Una obligación *propter rem*.

Solución 4

Tendría un derecho personal, un derecho de crédito frente al comprador a que me abonara el precio. Esta pretensión me habilitaría, en caso de incumplimiento, a instar la resolución (pacto comisorio), pero esta posibilidad no podría perjudicar al tercero que mientras tanto hubiera adquirido, a su vez, del comprador la cosa. Por principio, pues, mi derecho solo tendría un alcance personal, no sería oponible frente a terceros.

Dicho ello, sin embargo, si la cosa es inmueble y el aplazamiento de pago se hubiera garantizado a través de una condición resolutoria explícita, en el asiento que se practicara para el título de compraventa, como título de dominio a favor del comprador, se hará expresión concreta del pacto, haciéndose por esta vía oponible la pretensión vinculada en cuanto a la readquisición del vendedor por falta de pago, frente a terceros (véase art. 11 de la LH).

En el caso referido en el párrafo anterior, el derecho del vendedor, meramente personal, alcanzaría efectos frente a terceros; contra estos llegado el caso podría ejercitarse, y ello por la publicidad que se le habría dado con motivo del cambio registral de titularidad provocado por la compraventa en la que se incluyó como pacto.

Solución 5

- b) Una cierta tipicidad de los derechos reales.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2010.

COSSÍO Y CORRAL, A. de: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid: Bosch, 1956.

DÍEZ PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, II, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, pág. 299 y ss.

- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid: Tecnos, 2003.
- FAIRÉN, M.: «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», en *Revista de Derecho Notarial*, t. 25-26 1959, pág. 155 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º y 2.º, Madrid: Dykinson, 2003 y 2004.
- PABLO CONTRERAS, P. de; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.
- PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º, Revista de Derecho Privado, Madrid, diversos años y ediciones.

Avanzada

- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975.
- GIORGIANNI, M.: «Los derechos reales», L. Díez Picazo (trad.), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458, 1967, pág. 9 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 527 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 850 y ss.
- REINA TARTIÈRE, G. de (coord.): *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- ROMÁN GARCÍA, A.: *La tipicidad en los derechos reales. Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus, sistema de numerus clausus*, Madrid: Montecorvo, 1994.

UNIDAD
DIDÁCTICA

2

EL CONTENIDO DEL DERECHO REAL

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Las facultades comprendidas en el derecho real
 - 1.1. La facultad de realizar directamente el interés que implica
 - 1.2. La facultad de exclusión
 - 1.3. La facultad de prioridad
 - 1.3.1. El sustrato esencial de la prioridad de los derechos reales
 - 1.3.2. La influencia del factor registral en la materia
 - 1.4. La facultad de disposición
2. Los límites del derecho real
 - 2.1. Su distinto fundamento
 - 2.2. El ejercicio abusivo del derecho real
 - 2.3. Las prohibiciones voluntarias de disponer
3. La faz pasiva de la relación
 - 3.1. Sujeción común, gravamen y carga real
 - 3.2. Constituyente y terceros

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Esta segunda Unidad sirve para la concreción de la noción de derecho real mantenida en la precedente. Se trata de plantearse, aprovechando la oportunidad para poner en práctica los conocimientos mínimos adquiridos, la doble faz del derecho real: su aspecto positivo, definido a partir de las facultades que confiere a la persona de su titular, y su aspecto negativo, vertiente esta que ayudará a comprobar cómo operan los derechos reales según la clase ante la que estemos.

1. LAS FACULTADES COMPRENDIDAS EN EL DERECHO REAL

En cuanto derecho subjetivo, el derecho real confiere una estructura de poder conformada por elementos de distinta naturaleza. En un sentido primario, material, alude a las utilidades o los beneficios que el titular está autorizado a obtener de la cosa: usarla por sí o por otro, hacerla producir, levantar una edificación que ocupar sobre el bien, hacer vender la cosa en caso de impago del crédito asegurado con el derecho de garantía de que se trate, etc. Pero, en otro, más técnico, el derecho real se articula a partir de la confluencia de **cuatro facultades genéricas**, siempre presentes en cualquiera de sus variantes. Me refiero a la facultad de realización directa de su interés —es decir, de aquellas utilidades a las que el derecho habilita—, así como las de exclusión, prioridad y disposición.

1.1. LA FACULTAD DE REALIZAR DIRECTAMENTE EL INTERÉS QUE IMPLICA

Sin duda, la facultad de directa realización es la más básica de cuantas atribuye el derecho real. En ella se traduce su aspecto interno, su inmediación. En su virtud, el titular de un derecho real podrá alcanzar de la cosa la inminente satisfacción de su interés, interés que varía según el tipo ante el que estemos. **El del propietario**, así, es superior en cuanto, por su condición, concentra las máximas utilidades que la cosa puede aportar: podrá usar de ella, hacerla producir, cambiar el destino económico al que deba emplearse, enajenarla, consumirla, etc.

Por su lado, el interés que está detrás de los **derechos de disfrute** es el de poseer, usar o gozar de la cosa de otro. Su alcance puede ser mayor (usufructo, superficie) o menor (servidumbre), de lo que dependerá su distinto régimen jurídico y dentro de él, especialmente, su duración. En cualquier caso, la utilidad de disfrute, aunque comúnmente positiva, podrá cifrarse en la simple exigencia de un comportamiento negativo por parte del titular o poseedor de la cosa gravada (así, por ejemplo, es lo que ocurre con las servidumbres negativas o *in non faciendo*). El concepto de goce no se limitaría, por tanto, a una utilización directa, inmediata de las cosas.

Los **derechos de garantía**, en tercer lugar, comprometen un bien a que se cumpla con el pago de un crédito. Mientras no se salde, la cosa permanecerá en poder del acree-

dor, en esos derechos que, como la prenda o la anticresis, se constituyen por la posesión. Con todo, se requiera o no de posesión, como sucede por el contrario con la hipoteca, el bien queda afectado, al punto de que, comprobado el incumplimiento, se habilitará el correspondiente procedimiento de ejecución al objeto de que la deuda se liquide.

Los **derechos de adquisición preferente**, por último, permiten exigir, ante determinadas circunstancias o cumpliendo ciertos requisitos, la transmisión de la propiedad en favor de quien de ellos sea titular.

1.2. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN

El interés que representa cada derecho real es, como tantas veces se ha dicho, directo, por lo que no se precisa que para su consecución colabore persona o autoridad alguna. Antes bien, cuando alguien se interpusiera, dificultando, entorpeciendo, negando o limitando la realización de sus expectativas, el titular del derecho real estaría legitimado para superar y excluir esa situación a través de una serie de recursos.

En un primer estadio, el titular del derecho guarda la posibilidad de rechazar por sí mismo los ataques instados contra su posesión, pero siempre que la respuesta sea proporcionada e inmediata. Cuando el ataque ya se hubiera producido, y se hubiera cifrado, por ejemplo, en un despojo, el ordenamiento no le autorizaría al despojado a utilizar la vía de hecho, pero sí a reclamar, por el rápido procedimiento de los interdictos, que la situación inmediatamente anterior se reponga (arts. 441 y 446 del CC). Esta de los interdictos se trataría de una vía de defensa provisional, como también acontece con la llamada **acción de devastación de las hipotecas**, cuya regulación, alejada del componente posesorio, permite al acreedor una urgente intervención procesal para evitar que se perjudique en su valor el bien puesto como garantía (art. 117 de la LH).

En una esfera superior, sin embargo, se encuentran las acciones reales *stricto sensu*: la **reivindicatoria**, que se reconoce al propietario al objeto de recuperar la posesión de la cosa, pero también a todo aquel que como el usufructuario o el acreedor prendario sea desposeído, frente a quien tenga en su poder la cosa; la **negatoria**, de la que se dispone contra aquel que, sin haber llegado a desposeer, perturbe la propiedad ejercitando un derecho real limitado que no tiene; y la **confesoria**, que, a la inversa, sirve a quienes demanden la titularidad de un derecho real limitado o el respeto a su ejercicio; y un largo etcétera, en la medida en que será real toda acción por la que se articule el contenido típico de un derecho real y el demandado se acredite por su vinculación con la cosa.

Precisiones

Las acciones reales son acciones declarativas que se sustancian por los trámites del juicio ordinario o verbal según la cuantía, cuantía para cuya determinación el artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expone las distintas reglas en función de la clase de derecho real ante el que estemos.

1.3. LA FACULTAD DE PRIORIDAD

1.3.1. El sustrato esencial de la prioridad de los derechos reales

A diferencia de los derechos personales que se rigen por una idea aproximada de paridad, la prioridad es una nota consustancial a los reales. Pensemos en que una persona puede endeudarse cuanto le permitan sus acreedores, pero no puede disponer de sus bienes ni gravarlos ilimitadamente; las cosas tienen una capacidad económica mayor o menor, según su clase, aunque concreta y determinada.

En el régimen de los derechos reales, por tanto, el primer derecho que aparece en el tiempo prevalece sobre el resto, mientras, claro está, haya podido conocerse. La máxima se resume en el adagio *prior in tempore, potior in iure* y se despliega de dos formas: impidiendo el nacimiento de derechos de contenido incompatible con el de los ya constituidos o, en el caso de que esos derechos fueran compatibles, postergando los de nueva creación. Lo primero se manifiesta, por ejemplo, con motivo del usufructo, el cual impide que el nudo propietario pueda constituir otro o gravar, sin consentimiento de su titular, la propiedad con algún derecho de disfrute que hubiera de regir vigente el usufructo. En cambio, la prioridad se mostraría concurrente en el supuesto típico de la hipoteca: quien sobre el mismo inmueble adquiriese después algún otro derecho, siempre quedaría a expensas de que la hipoteca puede llegar a ejecutarse.

De los ejemplos ofrecidos puede observarse que cuanto mayor sea el contenido, cuanto mayor sea la proyección material de un derecho real, menores serán las posibilidades de que concorra con otros. Una cosa solo puede tener un propietario, al igual que un usufructuario o superficiario, derecho el de estos que, sin llegar a considerarse pleno, como el dominio, inciden con fuerza sobre las utilidades materiales que la cosa está destinada a proporcionar.

Precisiones

El dominio es tal porque se concibe como el único derecho pleno, de modo que si varias personas pudieran ser propietarias a la vez –sin incurrir, claro está, en un supuesto de condominio–, la misma institución del dominio se pervertiría. Con similar criterio, el derecho de usufructo se prevé como exclusivo en la medida en que su contenido vendría a comprender el conjunto o la mayor parte de las facultades de uso y disfrute que se pueden tener sobre una cosa, razón por la que, por respeto a la noción de dominio reseñada, su duración se hallaría esencialmente limitada (véase sobre la esencial temporalidad del usufructo cuanto se expresa al respecto en el primer epígrafe de la Unidad 8).

Por el contrario, allá donde se compruebe una «parcialidad en el goce» (servidumbre) o, incluso, una ausencia total de disfrute (hipoteca), la concurrencia será mucho más probable. De lo que se infiere la repercusión que en todo este asunto ha de tener la naturaleza, mueble o inmueble, de la cosa. Y es que la posesión natural, material de bienes muebles no resulta posible con carácter parcial, al contrario de lo que sucede con los inmuebles, a cuyo respecto sí cabe que varias personas ejerzan actos posesorios con simultaneidad (propietario, titular de una servidumbre de paso, usuario, etc.).

1.3.2. La influencia del factor registral en la materia

En materia inmobiliaria, sin embargo, la facultad de prioridad de los derechos reales queda condicionada en torno a las pautas propias de la inscripción en el Registro de la Propiedad. En este sentido se alude a que la prioridad de los derechos sobre un bien inmueble no se determinará ya por el momento en que se constituya efectivamente –mediante título y modo–, sino que se hace depender del momento exacto en que ingrese el respectivo título en el Registro.

En efecto, una vez presentado, el derecho real referido en ese título ostentará una posición, un rango registral concreto frente a los demás. En cuanto tal, el rango no se trata de un derecho autónomo, sino de la facultad de ejercitar con determinada precedencia aquel del que se es titular. Así, ante el conflicto entre dos derechos de contenido incompatible, el juego del rango excluiría al que se presentara más tarde; en otras palabras, el rango del primer título tendría tal fuerza como para negar la registración del segundo. En cambio, si fueran derechos de carácter compatible –dos hipotecas, una

hipoteca y un usufructo—, los clasificaría haciendo siempre de mejor condición al que antes hubiera ingresado. La prioridad del Registro se expondría, entonces, de dos maneras: por exclusión, cuando impidiese la entrada de nuevos títulos, y por afección, cuando ordenara los que fueran entrando.

Consecuentemente, el **rango registral** (llamado también por tradición hipotecario) se ocuparía de explicar las relaciones que se dan entre los derechos con motivo de su inscripción, y también, por tanto, cuando un derecho real limitado entra en colisión con el de dominio. En estos casos, se articularía bien como exclusión, si el título traslativo del dominio hubiera llegado antes, bien como afección, si hubiera accedido después o el derecho limitado hubiera sido otorgado por el adquirente.

Precisiones

Más en extenso sobre el tema, se recomienda consultar la Unidad didáctica 6 del Manual de la asignatura *Derecho Civil. Derechos inmobiliario y registral*, que tiene el alumno a su disposición en el Aula Central de Grados; concretamente, en sus páginas 6-13 a 6-16 donde se desarrolla con variados ejemplos el principio registral de prioridad.

1.4. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN

Todos los derechos reales, sin excepción, son disponibles. Ocurre que esa facultad genérica de disposición no tiene el mismo alcance en todos los casos, habiéndose de distinguir tres clases de actos dispositivos:

- En primer lugar, los traslativos de la titularidad jurídico-real del mismo derecho real que se ostenta;
- En segundo lugar, los que limitaran esa titularidad en favor de otras personas, mediante la constitución de nuevos derechos (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), de contenido distinto pero nunca materialmente superior al gravado;
- Y, por último, los que simplemente reflejaran la renuncia al derecho, a la titularidad, que se viene disfrutando.

Como todos los derechos reales son, en principio, renunciables, se entiende por qué se puede mantener su común cualidad de disponibles. A partir de esta conclusión, se podría aclarar algo más según el derecho de que se trate. En este sentido, pueden llegar a transmitirse plenamente los derechos de dominio, superficie y censo. En cuanto al resto, van desde aquellos cuya enajenación se permite, pero condicionada a que se transmita el bien al que el derecho aparece *ontológicamente vinculado* (servidumbres, hipoteca) hasta aquellos para los que se proscribe la cesión de cualquier tipo, aun entregando la cosa en arrendamiento (derechos de uso y habitación).

Precisiones

El derecho de servidumbre es ambulatorio, lo que, para su transmisión, se traduce en la necesidad de que se transmita igualmente el fundo a cuyo aprovechamiento favorece (art. 534 del CC). El caso de la hipoteca es distinto, aunque lo recuerda pues, en cuanto derecho, carece de independencia y como consecuencia habría de transmitirse junto con el crédito que garantiza.

Por su parte, el derecho de usufructo también es transmisible por más que la titularidad adquirida por el tercero haya de resolverse al tiempo en que hubiera tenido que extinguirse de no haberse transmitido (art. 480 del CC). Para los derechos de uso y habitación la regla es que no podrán traspasarse a otro por ninguna clase de título; ni siquiera puede cederse el uso del bien por vía de arrendamiento (art. 525 del CC).

2. LOS LÍMITES DEL DERECHO REAL

2.1. SU DISTINTO FUNDAMENTO

Los derechos reales se ejercen con sujeción a límites de la gama más variada. Los primeros y más esenciales resultan **los legales de cada tipo**, los contornos que definen el contenido sustantivo de cada modalidad; así, la intransmisibilidad de ciertos derechos, su carácter vitalicio o temporal, la imposibilidad de cambiar el destino económico atribuido a la cosa, la finalidad específica para que debe usarse, etc.

En segundo lugar, destacan esos otros **límites fundados en el interés público** y regulados, de suyo, por la legislación administrativa. Son restricciones en materia de higiene y salubridad pública, planificación urbanística, correcto aprovechamiento de las

tierras de cultivo, etc. Por su incidencia, ningún titular de derecho real podrá edificar sin contar con la licencia oportuna, ni destinar un inmueble a un uso incompatible con el medio, ni desviar los cauces de agua naturales que discurran por su finca, etc.

Existe también una serie de **limitaciones basadas en razones de convivencia**. Por ellas, quien esté disfrutando de un derecho real debe evitar las molestias que pudiera ocasionar a sus vecinos, en cuanto excedan del criterio de la normal tolerancia: en materia de obras, humo, calor, olores, ruidos, vibraciones.

Por último, un cuarto género de límites puede derivar tanto del **comportamiento del sujeto titular**, en cuanto consienta que su derecho quede condicionado por un usufructo, una locación o cualquier otra clase de derecho como de una **resolución** por la que se intervenga coactivamente sobre su derecho (embargo, secuestro, prohibición judicial de disponer, etc.).

2.2. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO REAL

Junto a los límites anteriores, el derecho real aparece genéricamente condicionado por la doctrina del **abuso de derecho**. En su virtud, quien se beneficia de un derecho carece de legitimación para ejercitarlo de modo desproporcionado o irrazonable, con total prescindencia del daño que a través de él pudiera producirse o, incluso, con el único interés de causarlo. Como establece el artículo 7 del CC, la ley no ampara el abuso del derecho, considerándose por tal «todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero». Lógicamente estamos ante una situación de frecuente incidencia, como muestran los repertorios jurisprudenciales, en el ámbito de toda clase de comunidad (condominio, propiedad horizontal, etc.) y aun vecindad.

2.3. LAS PROHIBICIONES VOLUNTARIAS DE DISPONER

La libre circulación de los bienes es una máxima del Derecho patrimonial, al igual que la de disposición se considera una facultad inderogable cuando se es titular de un derecho transmisible, y muy fundamentalmente del de dominio. Con todo, cabe que el transmitente de un bien imponga al adquirente una prohibición de no enajenar o disponer, sea con alcance relativo (no podrá el adquirente disponer del bien a título gratuito; o a favor de una persona o familia determinada) o absoluto (no podrá enajenar el bien por causa tanto onerosa como gratuita; ni a cualquier persona). Estas **prohibiciones voluntarias de enajenar**, por disvaliosas, quedarían sometidas a un régimen de fuerte excepción, basado en los siguientes puntos:

- En primer lugar, para que sean válidas, las prohibiciones voluntarias de disponer deben fundarse en un interés legítimo y digno de protección, nunca desproporcionado en función de las características del negocio (si gratuito u oneroso) y la finalidad por la que se contrató. Una prohibición de disponer sin causa o con causa ilícita, por arbitraria o caprichosa, será inválida entonces, y se tendrá por no puesta.

EJEMPLO 1

En este sentido, el grado de tolerancia en los negocios gratuitos es mucho mayor, inspirados como están en criterios familiares o afectivos. La cláusula de indisponibilidad puede venir impuesta así para proteger a la propia persona que haya de sufrirla, como cuando un padre dona a un hijo un bien y le impide que lo venda hasta pasados unos años, con la idea de que no dilapide y haga una gestión ordenada de su patrimonio.

Por su parte, un ejemplo en el ámbito de los negocios onerosos, lo encontramos en el mundo del automóvil, donde suele intentarse controlar el mercado de segunda mano «impidiendo al adquirente de un vehículo que lo pueda revender (durante un breve tiempo), a fin de evitar que se reduzca el mercado de primera mano y que ello pueda afectar a la producción industrial» (Martín Briceño).

- En segundo lugar, solo las prohibiciones voluntarias impuestas **en actos a título gratuito** tendrían eficacia real, pudiendo, por tanto, acceder a la publicidad del Registro (cfr. art. 26.3 de la LH) y producir en caso de incumplimiento la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan. Por el contrario, las establecidas **en actos a título oneroso** no tienen eficacia real, no pueden acceder directamente al Registro (cfr. art. 27 de la LH), siendo que su infracción solo provocará la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.
- En tercer lugar, aun gozando de eficacia frente a terceros, la prohibición nunca puede ser perpetua. Así, de no indicar un lapso de vigencia inferior (por ejemplo, como cuando se señala que no podrá enajenarse el bien durante diez años o «mientras viva el transmitente»), legalmente la prohibición se entiende que solo puede desplegar sus efectos dentro de los límites temporales que son típicos de las sustituciones fideicomisarias (*ex* art. 785.2.º en relación con art. 781 del CC) o lo que es lo mismo, no podrá afectar a más de «dos sucesores» en el bien objeto de la prohibición.

EJEMPLO 2

Si «A» dona un bien a «B» con una prohibición de no enajenar sin mayores limitaciones, la prohibición será eficaz frente a quien herede el bien de «B» (primer llamamiento o sucesión) y aún frente a quien heredare a su vez de aquel primer heredero (segundo llamamiento o sucesión), liberándose el bien de la prohibición de ahí en adelante.

- En cuarto y último lugar, las prohibiciones voluntarias de disponer no impiden que se transmita mortis causa el bien del que no se puede disponer inter vivos, de la misma manera que tampoco impiden que el bien pueda ser objeto de una eventual enajenación forzosa.

Resumiendo aquellos aspectos de mayor interés en este momento de nuestra asignatura, en nuestro ordenamiento solo se concederían efectos reales, eficacia frente a terceros a las prohibiciones de disponer:

- Que se establezcan en negocios a título gratuito, independientemente de que sean inter vivos o mortis causa;
- Que cumplan el presupuesto de responder a una causa legítima y proporcionada; y
- Durante el lapso máximo, el límite temporal arriba referido.

En los actos a título oneroso, por su parte, la existencia de una contraprestación, por principio justa y negociada, en favor del transmitente desnaturaliza la hipótesis, y si bien podrá imponer a la contraparte una cláusula del estilo, solo valdrá, y aun así cuando responda a una causa justificable, como obligación personal de no disponer, generadora, por tanto y exclusivamente, del derecho a recibir la oportuna indemnización en caso de que el adquirente la incumpla. Es decir, la transmisión o disposición vetada, de llegar a autorizarse, no podrá anularse por causa de la prohibición, como sí podría ocurrir con las prohibiciones establecidas por testamento, donación o capitulaciones matrimoniales.

Precisiones

Para la mejor comprensión –y aplicación– de toda esta doctrina, cimentada en la labor de autores y tribunales, plantéese el alumno el caso que se presenta en esta misma Unidad en el apartado de Actividades de autocomprobación, enunciado 4.

3. LA FAZ PASIVA DE LA RELACIÓN

3.1. SUJECCIÓN COMÚN, GRAVAMEN Y CARGA REAL

Uno de los errores en que incurría la teoría clásica acerca de los derechos reales consistía en el enfoque «dominio-centrista» que importaba. Al ocuparse de la distinción entre los derechos reales y los personales, se abordaba a la luz exclusiva del dominio, como el exponente más claro de la esencia jurídico-real. Frente al propietario se situaría la comunidad en su conjunto, cuyos miembros solo se relacionarían con aquel en caso de conflicto.

Con el tiempo, aquel planteamiento fue superándose, a lo que, sin duda, favoreció la teoría obligacionista, sin que necesariamente se hubieran tenido que admitir las conclusiones a la que arribaba esa corriente. El derecho real conformaría una relación desde el justo momento de su constitución, relación que tendría un sujeto pasivo plural, sometido a un deber genérico de abstención. Pero no por ello habría inconvenientes en reconocer ciertas situaciones donde determinados integrantes de la comunidad habrían de respetar especialmente su estatuto. Es lo que se observa en virtud de los derechos limitados, cuya realidad difiere en gran medida de la que caracteriza al dominio.

Efectivamente, el dominio evidencia **la relación jurídico-real más común**, en la medida en que la determinación o concreción de quienes hayan de estar especialmente obligados se deducirá en el momento en que una persona individualmente considerada lesione sus expectativas. En ese tiempo se especificará la relación, de modo tal que se ponga fin a la injerencia y se repare el daño causado. Por el contrario, si nos encontramos ante un derecho de usufructo, servidumbre o hipoteca, aunque la lesión por un tercero cualquiera sea igualmente posible, es mucho más factible que el perjuicio venga de parte del propietario de la cosa, quien, según el derecho que sea, puede continuar hasta en su posesión. Y así, mientras que la relación habitual que ocasiona el dominio es de simple o genérica sujeción, la que representan estos últimos supuestos implica, a su vez, un gravamen, una fórmula que incide directa y primordialmente en la esfera patrimonial de quien, de otra forma, gozaría del cúmulo de utilidades que la cosa proporciona.

En bloque, los derechos reales limitados integran el género de **gravámenes**. Informalmente se expresa que tal o cual derecho grava ese u otro bien. Sin embargo, lo que ese derecho estará gravando no será tanto el bien que le sirve de objeto, cuanto, más exactamente, su propiedad, el dominio que sobre él se tiene. En el grupo históricamente habrían destacado, por su especialidad, las llamadas **cargas reales**. Se trata de aquellos derechos reales limitados que obligan a quien sea el propietario del bien en cada momento a realizar una prestación de carácter periódico –un servicio, una suma de dinero o una parte de los

frutos— a su titular. Son esencialmente derechos reales *in faciendo*, categoría a la que se ha aludido en su lugar. Recuérdese que como manifestaciones normativas del fenómeno se apuntaban las obligaciones *propter rem*, siempre en su vertiente activa, y los censos. Pues bien, como cargas propiamente reales, nuestro ordenamiento solo reconocería los censos. Las obligaciones, mejor dicho, los créditos *propter rem* no lo serían por su condición de accesorios: el derecho real al que escoltaran no consistiría en la prestación que hubiera de hacer otra persona, sino que esta prestación se impondría como correlato necesario para que el titular hiciera uso de su derecho de la manera más adecuada.

También se descartaría, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, el derecho de hipoteca. Que quien adquiriera el inmueble haya de cumplir con el pago del crédito que hubiera contraído el anterior propietario no se perfilaría como el contenido estricto de la hipoteca: debería hacerlo para impedir quedarse sin el bien como resultado de una eventual ejecución, pero no porque estuviera obligado al pago directamente por el gravamen. Si así fuera, su responsabilidad sería universal y no se limitaría, como ocurre, al valor al que la cosa ascienda.

Precisiones

Por tanto, en la hipoteca no hay un *facere*, no existe una obligación específica de pagar para quien adquiere el bien una vez hipotecado. Y es que «el propietario si es el deudor estará obligado ciertamente a pagar, y si no lo hace, el acreedor podrá perseguir la cosa hipotecada o cualesquiera otros bienes del deudor; y si el propietario no es el propio deudor, no tendrá obligación alguna de pagar, de modo que si no paga, el acreedor no podrá dirigirse contra los demás bienes del propietario de la cosa hipotecada, y si paga tendrá derecho a repetir lo pagado al deudor personal, salvo que tratándose de un tercer adquirente hubiera descontado o retenido el importe del débito asegurado, todo lo cual constituye una evidente demostración de que el simple propietario de la cosa hipotecada no tiene ninguna obligación del pagar el débito garantido» (Roca Sastre).

Por una u otra razón, por tanto, puede concluirse afirmando el muy escaso ámbito de aplicación que para el sistema español tiene el instituto de las cargas reales, lo cual ciertamente se corresponde con el evidente menosprecio que el liberalismo y los vientos codificadores trajeron hacia el mismo. Con todo, no hay inconveniente en que su concepto se emplee, como más actualmente suele hacerse por la doctrina y los tribunales, en alusión a figuras distintas de los derechos reales que, como ciertos impuestos, gravan la titularidad sobre determinados bienes, principalmente, los inmuebles.

3.2. CONSTITUYENTE Y TERCEROS

Si las «partes» son las protagonistas en el Derecho contractual, y por extensión, en el de obligaciones, el Derecho de cosas es un ordenamiento de y para los «terceros». La protección de estos se halla en su mismo fundamento y a ella atiende el grueso de su normativa. El tercero no puede quedar comprometido por derechos que no conoció, o que, conociendo, innoven o contradigan el estatuto esencial de los aceptados oponibles. Mientras que los derechos personales se adaptan a un régimen mucho más flexible, el orden público de los derechos reales se extiende al hecho de su oposición, oponibilidad, restringiendo esta al ámbito que normativamente se prevé.

La cuestión se antoja esencial, pues es ante la presencia del tercero, cuando en realidad importará la naturaleza, real o personal, de un derecho: en tanto no aparezca, el derecho real que se pretende podrá sostenerse a partir del negocio jurídico por el que se haya operado, en tanto como negocio sea válido, por supuesto. Pero, con la llegada del tercero, se verá si lo puntualmente convenido puede afectarle, cotejando los presupuestos legales en la materia.

EJEMPLO 3

Así, si Pedro *constituye* en favor de Juan un derecho de opción, derecho que no se inscribe en el Registro de la Propiedad, y Pedro violentando lo pactado vende el bien a un *tercero*, el derecho de opción constituido frente a este le será inoponible, resolviéndose por el mecanismo resarcitorio o lo que es lo mismo, por el expediente propio de los derechos meramente personales.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- En cuanto derecho subjetivo, el derecho real confiere una estructura de poder conformada por **cuatro facultades genéricas**, siempre presentes en cualquiera de sus variantes. Se trata de la facultad de realización directa de su interés —es decir, de aquellas utilidades materiales, aquellos beneficios (así los de usar, disfrutar por sí o por otro, etc.) a los que el derecho habilita—, así como de las de exclusión, prioridad y disposición.
- La **facultad de directa realización** es la más básica de cuantas atribuye el derecho real. En ella se traduce su aspecto interno, su inmediación. En su virtud, el titular de un derecho real podrá alcanzar de la cosa la inminente satisfacción de su interés, interés que varía según el tipo ante el que estemos.
 - **El del propietario**, así, es superior en cuanto, por su condición, concentra las máximas utilidades que la cosa puede aportar: podrá usar de ella, hacerla producir, cambiar el destino económico al que deba emplearse, enajenarla, consumirla, etc.
 - Por su lado, el interés que está detrás de los **derechos de disfrute** es el de poseer, usar o gozar de la cosa de otro. Su alcance puede ser mayor (usufructo, superficie) o menor (servidumbre), de lo que dependerá su distinto régimen jurídico y dentro de él, especialmente, su duración. En cualquier caso, la utilidad de disfrute, aunque comúnmente positiva, podrá cifrarse en la simple exigencia de un comportamiento negativo por parte del titular o poseedor de la cosa gravada (servidumbres negativas o *in non faciendo*). El concepto de goce no se limitaría, por tanto, a una utilización directa, inmediata de las cosas.
 - Los **derechos de garantía**, en tercer lugar, comprometen un bien a que se cumpla con el pago de un crédito. Mientras no se salde, la cosa permanecerá en poder del acreedor, en esos derechos que, como la prenda o la anticresis, se constituyen por la posesión. Con todo, se requiera o no de posesión, como ocurre para la hipoteca, el bien queda afectado, al punto de que, comprobado el incumplimiento, se habilitará el correspondiente procedimiento de ejecución al objeto de que la deuda se liquide.

- Los **derechos de adquisición preferente**, por último, permiten exigir, ante determinadas circunstancias o cumpliendo ciertos requisitos, la transmisión de la propiedad en favor de quien de ellos sea titular.
- Como el interés que representa cada derecho real es, como se dice, directo, cuando alguien se interpusiera, dificultando, entorpeciendo, negando o limitando la realización de sus expectativas, el titular del derecho real estaría legitimado para superar y excluir esa situación a través de una serie de recursos. La **facultad de exclusión** de los derechos reales se cifra, así, por encima de todo, en el reconocimiento de toda una serie de acciones: la **reivindicatoria**, que se prevé a favor del propietario al objeto de recuperar la posesión de la cosa, pero también a todo aquel que como el usufructuario o el acreedor prendario sea desposeído, frente a quien tenga en su poder la cosa; la **negatoria**, de la que se dispone contra aquel que, sin haber llegado a desposeer, perturbe la propiedad ejercitando un derecho real limitado que no tiene; la **confesoria**, que, a la inversa, sirve a quienes demanden la titularidad de un derecho real limitado o el respeto a su ejercicio; y un largo etcétera, en la medida en que será real toda acción por la que se articule el contenido típico de un derecho real y el demandado se acredite por su vinculación con la cosa.
- La que hace a su **prioridad** es la tercera de las facultades de los derechos reales. En el régimen de los derechos reales, el primer derecho que aparece en el tiempo prevalece sobre el resto, mientras, claro está, haya podido conocerse. La máxima se resume en el adagio *prior in tempore, potior in iure* y se despliega de dos formas: impidiendo el nacimiento de derechos de contenido incompatible con el de los ya constituidos o, en el caso de que esos derechos fueran compatibles, postergando los de nueva creación. Lo primero se manifiesta, por ejemplo, con motivo del usufructo, el cual impide que el nudo propietario pueda constituir otro o gravar, sin consentimiento de su titular, la propiedad con algún derecho de disfrute que hubiera de regir vigente el usufructo. En cambio, la prioridad se mostraría concurrente en el supuesto típico de la hipoteca: quien sobre el mismo inmueble adquiriese después algún otro derecho, siempre quedaría a expensas de que la hipoteca no se ejecute.

En materia inmobiliaria, la facultad de prioridad de los derechos reales queda condicionada en torno a las pautas propias de la inscripción en el Registro de la Propiedad. En este sentido se alude en que la prioridad de los derechos sobre un bien inmueble no se determinará ya por el momento en que se constituya efectivamente –mediante título y modo–, sino que se hace depender del momento exacto en que ingrese el respectivo título en el registro.

En efecto, una vez presentado, el derecho real referido en ese título ostentará una posición, un rango registral concreto frente a los demás. En cuanto tal, el rango no se trata de un derecho autónomo, sino de la facultad de ejercitar con determinada precedencia aquel del que se es titular. Así, ante el conflicto entre dos derechos de contenido incompatible, el juego del rango excluiría al que se presentara más tarde; en otras palabras, el rango del primer título tendría tal fuerza como para negar la registración del segundo. En cambio, si fueran derechos de carácter compatible –dos hipotecas, una hipoteca y un usufructo–, los clasificaría haciendo siempre de mejor condición al que antes hubiera ingresado. La prioridad del registro se expondría, entonces, de dos maneras: por exclusión, cuando impidiese la entrada de nuevos títulos, y por afección, cuando ordenara los que fueran entrando.

Consecuentemente, el **rango registral** (llamado también por tradición hipotecario) se ocuparía de explicar las relaciones que se diesen entre los derechos con motivo de su inscripción, y también, por tanto, cuando un derecho real limitado entrase en colisión con el de dominio. En estos casos, se articularía bien como exclusión, si el título traslativo del dominio hubiera llegado antes, bien como afección, si hubiera accedido después o el derecho limitado hubiera sido otorgado por el adquirente.

- Por último, todos los derechos reales incorporan la **facultad de disposición**; o dicho de otro modo, son disponibles. Ocurre que esa facultad genérica de disposición no tiene el mismo alcance en todos los casos, habiéndose de distinguir tres clases de actos dispositivos: en primer lugar, los traslativos de la titularidad jurídico-real, del mismo derecho real que se ostenta; en segundo lugar, los que limitaran esa titularidad en favor de otras personas, mediante la constitución de nuevos derechos (usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.), de contenido distinto pero nunca materialmente superior al gravado; y, por último, los que simplemente reflejaran la renuncia al derecho, a la titularidad, que se viene disfrutando.

Como todos los derechos reales son, en principio, renunciables, se entiende por qué se puede mantener su común cualidad de disponibles. A partir de esta conclusión, se podría aclarar algo más según el derecho de que se trate. En este sentido, pueden llegar a transmitirse plenamente los derechos de dominio, superficie y censo. En cuanto al resto, van desde aquellos cuya enajenación se permite, pero condicionada a que se transmita el bien al que el derecho aparece ontológicamente vinculado (servidumbres, hipoteca) hasta aquellos para los que se proscribía la cesión de cualquier tipo, aun en arrendamiento.

- Los derechos reales se ejercen con sujeción a límites de la más variada gama, a saber:
 - Los primeros y más esenciales resultan **los legales de cada tipo**, los contornos que definen el contenido sustantivo de cada modalidad; así, la intransmisibilidad de ciertos derechos, su carácter vitalicio o temporal, la imposibilidad de cambiar el destino económico atribuido a la cosa, la finalidad específica para que debe usarse, etc.
 - En segundo lugar, destacan esos otros **límites fundados en el interés público** y regulados, de suyo, por la legislación administrativa. Son restricciones en materia de higiene y salubridad pública, planificación urbanística, correcto aprovechamiento de las tierras de cultivo, etc. Por su incidencia, ningún titular de derecho real podrá edificar sin contar con la licencia oportuna, ni destinar un inmueble a un uso incompatible con el medio, ni desviar los cauces de agua naturales que discurran por su finca, etc.
 - Existe también una serie de **limitaciones basadas en razones de convivencia**. Por ellas, quien esté disfrutando de un derecho real debe evitar las molestias que pudiera ocasionar a sus vecinos, en cuanto excedan del criterio de la normal tolerancia: en materia de obras, humo, calor, olores, ruidos, vibraciones.
 - Por último, un cuarto género de límites puede derivar tanto del **comportamiento del sujeto titular**, en cuanto consienta que su derecho quede condicionado por un usufructo, una locación o cualquier otra clase de derecho que limite sus expectativas, como de una **resolución** por la que se intervenga coactivamente sobre su derecho (embargo, secuestro, prohibición judicial de disponer, etc.).
- Junto a los límites anteriores, el derecho real aparece genéricamente condicionado por la doctrina del **abuso de derecho**. En su virtud, quien se beneficia de un derecho carece de legitimación para ejercitarlo de modo desproporcionado o irrazonable, con total prescindencia del daño que a través de él pudiera producirse o, incluso, con el único interés de causarlo. Como establece el artículo 7 del CC, la ley no ampara el abuso del derecho, considerándose por tal «todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero». Lógicamente estamos ante una situación de frecuente incidencia, como muestran los repertorios jurisprudenciales, en el ámbito de toda clase de comunidad (condominio, propiedad horizontal, etc.).

- La libre circulación de los bienes es una máxima del Derecho patrimonial, de la misma manera que la de disposición se considera una facultad indelegable respecto de todo derecho transmisible, y muy fundamentalmente del de dominio. Con todo, en nuestro ordenamiento cabe que una persona se comprometa, en el acto mismo por el que adquirió su derecho, o en otro posterior aislado, a no enajenar o disponer. Estas **prohibiciones voluntarias de enajenar**, por disvaliosas, quedarían sometidas a un régimen de fuerte excepción, basado en los siguientes puntos:
 - En primer lugar, para que sean válidas, las prohibiciones voluntarias de disponer deben fundarse en un interés legítimo y digno de protección, nunca desproporcionado en función de las características del negocio (si gratuito u oneroso) y la finalidad por la que se contrató. Una prohibición de disponer sin causa o con causa ilícita, por arbitraria o caprichosa, será inválida entonces, y se tendrá por no puesta.
 - En segundo lugar, solo las prohibiciones voluntarias impuestas **en actos a título gratuito** tendrían eficacia real, pudiendo, por tanto, acceder a la publicidad del registro (cfr. art. 26.3 de la LH) y produciendo en caso de incumplimiento la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan. Por el contrario, las establecidas **en actos a título oneroso** no tienen eficacia real, no pueden acceder directamente al Registro (cfr. art. 27 de la LH) siendo que su infracción solo provocará la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.
 - En tercer lugar, aun gozando de eficacia frente a terceros, la prohibición nunca puede ser perpetua. Así de no indicar un lapso de vigencia inferior (por ejemplo, como cuando se señala que no podrá enajenarse del bien durante diez años o «mientras viva el transmitente»), legalmente la prohibición se entiende que solo puede desplegar sus efectos dentro de los límites temporales que son típicos de las sustituciones fideicomisarias (*ex* art. 785.2.º en relación con art. 781 del CC); o lo que es lo mismo, no podrá afectar a más de «dos sucesores» en el bien objeto de la prohibición.
 - En cuarto y último lugar, las prohibiciones voluntarias de disponer no impiden que se transmita mortis causa el bien del que no se puede disponer inter vivos, de la misma manera que tampoco impiden que el bien pueda ser objeto de una eventual enajenación forzosa.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

El derecho real que atribuye por antonomasia a su titular la posibilidad de cambiar el destino económico al que se encuentra sometida la cosa (por ejemplo, de fines agrarios a urbanos o edificios), es el de:

- a) Dominio.
- b) Usufructo.
- c) Hipoteca.
- d) Opción.

Enunciado 2

En el panorama general de los derechos reales, ¿por qué las servidumbres solo pueden recaer sobre bienes inmuebles? En otras palabras, ¿por qué el derecho real de servidumbre no es posible sobre bienes muebles?

Enunciado 3

Define los derechos de dominio, usufructo y prenda, comparándolos en cuanto a su objeto posible (mueble, inmueble) y contenido (facultades de usar, disfrutar, disponer).

Enunciado 4

En la escritura en la que Jorge vende una casa, se hace constar que el comprador, Manuel, no podrá disponer de ella en favor de quien no sea pariente consanguíneo de Jorge.

- a) ¿Es válida la estipulación contenida en el contrato? ¿Puede inscribirse en el registro esa cláusula?
- b) ¿Qué pasaría si Manuel vendiera la casa a Santiago, quien no tiene relación alguna con Jorge?
- c) ¿Variaría de algún modo la respuesta al caso si en lugar de una compraventa hubiera sido una donación el título por el que Jorge se hubiera desprendido de la casa?

Enunciado 5

¿Por qué no podemos decir que la hipoteca es una carga real?

Solución 1

- a) Dominio.

Solución 2

Porque solo sobre bienes inmuebles cabe que varias personas ejerzan actos posesorios materiales a un mismo tiempo. Compárese el caso de las servidumbres (positivas) con el del usufructo: mientras el usufructuario está en poder, usa y goza de la cosa, el propietario no podrá hacer lo propio sobre ella. En cambio, el titular de una servidumbre podrá usar de la finca gravada a los fines convenidos sin impedir que al mismo tiempo el propietario del bien –o quien haga sus veces (un tercero al que le haya arrendado la finca, por ejemplo)– siga en la posesión, en el uso y disfrute de la cosa.

Solución 3

Entre otros conceptos posibles, el dominio es el «derecho constituido en cosa corporal, que otorga a una persona el poder exclusivo de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes o por la voluntad del transmitente» (Sánchez Román). Puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles e incorpora el conjunto de utilidades que puede reportar la cosa, en suma, las relativas al uso, disfrute y disposición del bien.

El derecho de usufructo, que también puede tener por objeto bienes muebles e inmuebles, es aquel derecho, en cambio, limitado que grava la propiedad ajena al efecto de que su titular, el usufructuario, use y disfrute, haga producir la cosa.

La prenda, a diferencia de ellos, es el derecho que se constituye sujetando la posesión de un bien mueble, solo bien mueble, en garantía del debido cumplimiento de una deuda.

Solución 4

- a) Habiéndose incorporado la cláusula en un contrato de compraventa, en un negocio oneroso por tanto, carecería de eficacia frente a terceros y no podría inscribirse en el Registro de la Propiedad. Quedaría en pie, entonces, como «obligación de no disponer», solo vinculante para las partes; en puridad para el que compró.

Pero, habría más: el caso poco nos dice al respecto, sin embargo la prohibición llamaría la atención por su amplitud, ya que el comprador solo podría enajenar el bien «a quien fuera pariente, consanguíneo, del vendedor», obligando, entonces, a plantearse si acaso la cláusula no solo no sería ineficaz frente a terceros, sino inválida, contraria a derecho, con lo que ni siquiera el comprador se encontraría obligado a respetarla.

- b) Sin perjuicio de las dudas apuntadas, que no pueden resolverse dada la nula información con que contamos acerca de cuál habría sido la causa, el interés al que había mirado el disponente al introducir la prohibición en el contrato, la prohibición sería válida y eficaz *inter partes*, lo que significa en relación con esta segunda pregunta que se nos plantea, que Santiago no tendría ninguna responsabilidad frente a Jorge por haber adquirido el bien. De otro modo: Jorge no podría dirigirse contra Santiago por infringir un pacto que solo vinculaba al comprador, Manuel. Como único obligado, por tanto, será Manuel el que tuviera que responder frente a Jorge por los perjuicios que le haya ocasionado que el bien «haya salido de su familia».
- c) Dicho todo ello, las cosas cambiarían radicalmente en el caso que se propone con esta tercera pregunta. La prohibición gozará, por haberse incorporado en un negocio a título gratuito, de eficacia real, accediendo al registro. Además, la *causa donandi* vendría a habilitar un cierto criterio de mayor tolerancia en torno al interés que justificara la prohibición y que tantas dudas nos despertara. Es así que la imposición de tan amplia limitación, aunque, como sabemos, nunca perpetua, de la facultad de disposición del donatario, quedaría compensada por la circunstancia de la falta de contraprestación, evitando en mayor medida que existiera abuso o desproporción en el caso.

Un tercero, Santiago ya no podría desconocer la situación de transitoria indisponibilidad por la que atravesaba el bien, por lo que el acto de disposición que se conviniera a su favor en infracción de la prohibición resultaría nulo, además de la responsabilidad personal, por daños y perjuicios, a que hubiera lugar (tanto de parte de Manuel como de él).

Solución 5

Aunque se dice carga real hoy genéricamente a cualquier gravamen sobre un inmueble, como un derecho de censo o una servidumbre, que pesa sobre bien con independencia del propietario o poseedor de tales bienes, técnicamente carga real es el gravamen cuyo contenido consiste en la prestación periódica que el propietario o po-

seedor del bien (inmueble) debe realizar a favor de la persona del titular. Siendo así, la hipoteca no puede concebirse como carga real por cuanto no obligaría al tercero que adquiriese luego de constituida el bien a pagar, por más que debiera hacerlo si no quiere que termine perdiendo su propiedad por el impago de quien sí se encuentra personalmente obligado.

El tercero propietario de un bien hipotecado no está, por principio, por el hecho de ser dueño del bien gravado, «obligado a pagar» el crédito garantizado, sino «a estar a la ejecución llegado el caso», que aunque puede parecer lo mismo, en Derecho no lo es, pues una cosa es «hacer» y otra simplemente respetar el derecho adquirido previamente por el acreedor hipotecario. Se trata de una distinción, como sabemos, cardinal para la comprensión de nuestra asignatura.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona, Edisofer, 2010.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid: Civitas, 1998.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid: Tecnos, 2003.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V.L. y ROCAI; TRIAS, E.: *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

PABLO CONTRERAS, P. de, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1900

Avanzada

DOMENGE AMER, B.: *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Madrid: Civitas, 1996.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1992.

MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2010.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, IV-1.º, Barcelona: Bosch, 1979.

UNIDAD
DIDÁCTICA

3

LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Los medios de adquisición de los derechos reales
2. La adquisición derivativa entre vivos
 - 2.1. Los sistemas conocidos
 - 2.1.1. El sistema del título y el modo
 - 2.1.2. El sistema consensualista francés
 - 2.1.3. El sistema abstracto alemán
 - 2.2. El sistema español: presupuestos
 - 2.2.1. Título
 - 2.2.2. Modo
 - 2.2.3. Legitimación
 - 2.2.4. Capacidad
 - 2.2.5. Inscripción
 - 2.2.6. Buena fe
3. La modificación de los derechos reales
 - 3.1. Clases
 - 3.2. La conversión de los derechos reales: el instituto de la subrogación real

4. La extinción de los derechos reales

4.1. Causas comunes

- 4.1.1. Pérdida de la cosa
- 4.1.2. Transmisión
- 4.1.3. Renuncia
- 4.1.4. Revocación
- 4.1.5. Disposición legal
- 4.1.6. Ejecución forzosa

4.2. Causas específicas de los derechos reales limitados

- 4.2.1. Consolidación
- 4.2.2. Falta de ejercicio
- 4.2.3. Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido
- 4.2.4. Fallecimiento del titular
- 4.2.5. Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Esta tercera Unidad didáctica se centra en el periplo vital del derecho real, a saber: primero y lógicamente, en los medios para que los derechos reales queden válidamente constituidos y por tanto afectar a terceros; en segundo lugar, en los eventuales motivos que ha de provocar la modificación de su contenido una vez constituidos; y finalmente, en las causas por las que hayan de extinguirse, sean causas comunes, esto es, de aplicación general para todos los derechos reales independientemente de su clase, o específicas, en cuanto predicables solo respecto de los derechos reales sobre cosa ajena.

1. LOS MEDIOS DE ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

A partir del elenco que contiene el artículo 609 del CC, los distintos medios de adquisición de los derechos reales suelen catalogarse en función de criterios muy diversos. En primer lugar, son **causas específicas** aquellas susceptibles de aplicarse únicamente con respecto a alguno de los derechos admitidos; la ocupación, que solo se prevé para adquirir el dominio, y sobre bienes muebles abandonados o sin dueño, constituye el mejor ejemplo. Por su parte, se consideran **comunes** los medios de adquisición predicables de todos o la mayoría de los derechos reales; me refiero a la tradición –o entrega de la cosa fundada en un título oneroso–, la donación, la usucapión, la sucesión por causa de muerte y la ley. Sirvan las siguientes apreciaciones en cuanto encuadre genérico sobre ellos:

- Mirada con abstracción, la **tradición** o entrega que de una cosa haga una persona a otra no derivará en la transmisión o constitución de un derecho real mientras no exista un título suficiente que, en cuanto traslativo (compraventa, permuta, etc.), justifique el cambio de titularidad o la creación del gravamen.
- De la tradición se prescinde si la adquisición lo es *causa donandi*, en cuyo caso basta con el título. Así surge del artículo 609 del CC, donde se aprecia la **donación** en cuanto fórmula adquisitiva independiente, como también de la normativa que la desarrolla, en la que cuenta la aceptación por parte del donatario (cfr. arts. 623 y 629 del CC), siendo que la entrega de la cosa se requiere solo por vía de excepción respecto de la donación verbal de cosas muebles (cfr. art. 632 del CC). Para la donación de bienes inmuebles se requiere, en cambio, y *ad solemnitatem*, de escritura pública (cfr. art. 633 del CC).
- Por lo que respecta a la **usucapión**, en su principal variante, supone la atribución de un derecho real a partir de dos postulados: el transcurso de un determinado lapso de tiempo y el mantenimiento en la posesión durante ese tiempo por parte del interesado. Para los inmuebles, el tiempo que se exige es de treinta años, el cual, no obstante, se reduce a diez años si el adquirente cuenta con un título formalmente apto para la adquisición pero que en el caso no es finalmente suficiente por haber faltado en la persona de su transmitente la legitimación oportuna. Esta segunda modalidad requiere, en todo caso, de buena fe por parte del usucapiente, esto es, que no haya conocido del motivo de invalidez cuando contrató.
- La **sucesión por causa de muerte**, por su parte, presenta tanta importancia que su análisis excede del tratamiento de los derechos reales, constituyendo

por sí misma una rama autónoma del saber. A su estudio se remite desde estas Unidades.

- Por último, la **ley** incide en el conjunto de las causas de adquisición de los derechos reales al reconocer todas y cada una de ellas. Sin embargo, cuando, como ahora, se advierte sobre la ley como causa más en concreto se hace en alusión a aquellos casos que, como, por ejemplo, la atribución al Estado de la propiedad de los inmuebles vacantes (cfr. art. 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), el retracto de comuneros y colindantes (cfr. arts. 1.522 y 1.523 del CC) o las adquisiciones *a non domino* (cfr. arts. 464 del CC y 34 de la LH) encuentran su fundamento en el mandato del legislador de que se tenga por constituido un derecho ante determinados presupuestos distintos a los que caracterizan al resto de causales, o, incluso (piénsese en el último de los ejemplos citados), pese a no cumplirse con los requisitos que se establecen para ellas.

Aun dentro de este grupo de situaciones en que la ley se erige en «fuente» de los derechos reales cabe distinguir entre aquellos derechos reales que se constituyen *ex lege*, desde que se den los presupuestos normativamente previstos y sin que se precise un acto, voluntario o más ordinariamente judicial, de reconocimiento, de los que sí lo exigen: lo primero ocurriría con los ejemplos mencionados en el párrafo precedente; lo segundo, entre otros casos, con las hipotecas legales (cfr. art. 158 y ss. de la LH), el derecho de habitación que se reconoce en favor del conviviente discapacitado (cfr. art. 822 del CC) o las servidumbres impuestas por la ley en beneficio de los particulares, como las de paso (cfr. art. 564 y ss. del CC), estribo de presa (cfr. art. 554 del CC) o acueducto (cfr. art. 557 y ss. del CC), entre otras.

Los medios de adquisición de los derechos reales también se distinguen por su eficacia, según operen **inter vivos** (tradición) o **mortis causa** (sucesión). La distinción importa si se atiende a que para los casos de sucesión se dispone que los herederos continúen a la persona del causante, no siendo necesario para que su adquisición se perfeccione que tomen posesión de las cosas (cfr. arts. 661 y 440 del CC); esto contrasta con la regla ordinaria vigente para las adquisiciones entre vivos, para cuya conclusión normalmente se requiere de la posesión como presupuesto constitutivo (modo).

Precisiones

Como expresa Álvarez-Caperochipi, la posesión es el instituto común, el elemento que está detrás de causas adquisitivas como la ocupación, la adquisición

.../...

.../...

a non domino de bienes muebles, la usucapión o la tradición. La posesión incide decisivamente en todos estos casos, distinguiéndose finalmente por la razón jurídica más precisa que subyace a cada uno: «en la ocupación es la resolución del conflicto que presenta la falta de certeza sobre una titularidad; en la adquisición *a non domino* es el refuerzo de la protección de la apariencia (...); en la tradición es la voluntad del propietario, y en la usucapión es el trascurso del tiempo».

Pero, sin duda, el método más arraigado para clasificar los diferentes medios de adquisición consiste en analizar si la atribución por ellos resultante deriva de un anterior titular o, por el contrario, se muestra originaria. Al respecto, la ocupación o la usucapión manifestarían las dos principales **adquisiciones originarias**, en cuanto el derecho que por ellas se imputa nacería *ex novo*, con desconocimiento o prescindencia de la voluntad real de cualquier otra persona. Cuando la correspondiente atribución se autorice por otro sujeto, sujeto que transmita el derecho que tenía (dominio, superficie) o constituya sobre él un gravamen a favor del adquirente (usufructo, prenda), se trataría de una **adquisición derivativa**. En este grupo se situarían también los derechos reales adquiridos por vía hereditaria, mediata o no testamentaria.

El interés por distinguir entre una y otra clase de adquisición reside en el hecho de que en las derivativas se produce una verdadera sucesión —ya traslativa (por ejemplo, cuando se transmite el derecho de propiedad por título de compraventa), ya constitutiva (por ejemplo, cuando se constituye una servidumbre en favor del vecino para que pueda pasar por la finca del dueño constituyente)— por lo que el derecho adquirido nunca podrá ser superior ni mejor al que ostentaba el transmitente. En cambio, el que adquiera un derecho de modo originario lo obtendrá eludiendo las deficiencias que pudieran comprobarse en los títulos de quienes le hubieran precedido en la cosa.

2. LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA ENTRE VIVOS

2.1. LOS SISTEMAS CONOCIDOS

2.1.1. El sistema del título y el modo

En la época clásica del Derecho romano la propiedad sobre las cosas *mancipi* (fundos itálicos, esclavos, animales de tiro y carga) debía adquirirse a través de formas so-

lemnes. La *mancipatio* era el tipo más común. Con la presencia de cinco testigos, del transmitente y de otra persona, el *libripens*, quien sujetaba en su mano una balanza de bronce (*libra*), el adquirente pronunciaba la fórmula preestablecida, en cuya virtud afirmaba que la cosa le pertenecía «según el Derecho de los Quirites». A continuación, golpeaba la balanza con una moneda de cobre (*as*), entregándosela al transmitente. En rigor, todo el rito representaba lo que Gayo llamó una *imaginario venditio*, una venta figurada, reflejo simbólico de la manera en que la compraventa se celebrara en los orígenes de la civilización romana, en aquel tiempo en que la moneda todavía no se había acuñado; ello explicaría el porqué de la balanza.

Junto a la *mancipatio*, la otra vía prevista con respecto a las cosas *mancipi* consistía en la *in iure cessio*, una ficción de procedimiento judicial, en la que las partes comparecían ante el magistrado, acto en que el transmitente reclamaba la titularidad sobre la cosa. Si, al ser preguntado, el transmitente se callaba o negaba que la cosa fuera suya, el magistrado resolvía concediendo la propiedad al demandante.

En relación con las cosas *nec Mancipi*, aquellas que para la mentalidad socio-económica de los romanos gozaban de un menor valor, no se preveía formalidad alguna; bastaba con la *traditio*, con que la cosa se entregara. Con todo, para que el acto de entrega surtiera su efecto traslativo, se requería que el transmitente fuera propietario y que la *traditio* se correspondiera con una justa causa, una razón por la que el cambio de titularidad o la constitución del derecho real hubiera de operar (compraventa, donación, fiducia); la tradición, por sí sola, no transmitía nada más que la posesión.

Con el paso del tiempo, el Imperio se fue abriendo y las instituciones simplificando. Ya en la etapa posclásica, la tradición se convierte en el medio adquisitivo por excelencia, relegando a la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que no tardarán en desaparecer. En las provincias, especialmente las orientales, se dará un paso más, se llega a admitir la transferencia de la propiedad al celebrarse el oportuno contrato. Consolidados estos usos, Justiniano reaccionará en contra, prescribiendo que el dominio de las cosas no podía adquirirse por simples pactos. En el *Corpus* se recuperará, así, la doctrina clásica acerca de la tradición, y entre sus fragmentos, los autores de los siglos posteriores habrán de centrarse en aquel en que Paulo estableciera que la nuda tradición no podría transferir el dominio, «salvo que hubiera precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega» (*Digesto*, 41, 1, 31, pr.). Con base en este y en otros textos, se acuñará la denominada teoría del título y el modo, teoría por la cual cada nueva adquisición ha de descansar en una doble causa: una remota, el título o justa causa, y otra más próxima, el modo o tradición.

2.1.2. El sistema consensualista francés

Es evidente que la tradición, como acto que se exige para la adquisición del dominio o de los demás derechos reales, no necesita cumplirse si la cosa se halla ya en poder del adquirente; tampoco, si el dueño decide transmitir la cosa pero con la intención de seguir teniéndola como arrendatario, usufructuario o precarista. El primer caso recibe el nombre de *traditio brevi manu*; el segundo, el de *constitutum possessorium*. Obviamente, ambos fueron conocidos por los romanos, aunque técnicamente su calificación se deba a la labor posterior de los medievales. Junto a estos supuestos, en Roma también se permitieron formas simbólicas de tradición: la entrega de las llaves del almacén donde se guardaban las mercancías (*traditio clavium*); el mostrar desde el punto más alto los límites del fundo objeto de transmisión (*traditio longa manu*); incluso, en el Bajo Imperio se admitió la tradición por la simple declaración que las partes solían hacer constar en el documento que al tiempo de contratar suscribían, y en cuyo cuerpo advertían que la tradición ya se había realizado. Por este camino, es fácil entender cómo, un poco más tarde, se hubo de juzgar consumada la tradición a partir de la propia entrega del documento (*traditio chartae* o *per cartam*).

En el antiguo Derecho francés, el proceso de espiritualización que se describe fue retomado, apartándose del tenor de las fuentes justinianeas. Con frecuencia se pactaba el constituto posesorio, en función de ese plazo, más o menos breve, que el enajenante solicitaba para desalojar el inmueble que venía ocupando. Además, revivieron con fulgor aquellas cláusulas de estilo por las que se anunciaba que el adquirente ya se había hecho con la posesión, lo cual podía haber ocurrido, pero que de ordinario no era así. Como consecuencia de tales prácticas, en la conciencia colectiva se fue arraigando la idea de que la propiedad se transmitía desde el contrato, sentir que a nivel doctrinal hubo de adoptar la escuela del Derecho Natural, con Grocio y Puffendorf a la cabeza: a su juicio, de la misma manera que para transmitir la posesión, que es un hecho, se requería de la tradición, no existía inconveniente en que la propiedad, en su calidad de derecho moral distinto de la cosa y la posesión, se traspasara por el mero convenio.

Con tal panorama no debe extrañar la opción seguida por el *Code*, el Código francés. Sus redactores no hicieron más que consagrar la tendencia señalada. La regla de la transferencia por el solo consenso, aparece, así, referida en varios preceptos, destacándose, por su alcance general, los artículos 711 y 1.138. El primero, cuando prevé que la propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación «y por efecto de las obligaciones»; el segundo, al indicar que «la obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes».

Precisiones

A ambas disposiciones deben sumarse las que reproducen el principio más en particular: es el caso de los artículos 938 —«la donación debidamente aceptada se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y la propiedad de los objetos donados se transmitirá al donatario sin que sea necesaria la tradición»—, 1.583 —[la venta] «se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado»— o 1.703 —«la permuta operará por el simple consentimiento, de la misma manera que la venta»—.

2.1.3. El sistema abstracto alemán

El sistema abstracto de traslación es producto de la pandectística alemana. Con base en un famoso pero aislado pasaje del *Digesto*, cuya inteligencia ya fuera defendida por Donelo y Savigny, sus integrantes arriban a la conclusión de que la tradición se justifica por sí misma, por esa común voluntad de dar y recibir que indefectiblemente precisa. La tradición se piensa ahora como un contrato con perfiles autónomos, que presentaría el enorme aliciente de preservar las adquisiciones que se fueran realizando de los vicios que luego pudieran comprobarse con respecto a cualquiera de los negocios causales anteriores.

Precisiones

En aquel lugar del *Digesto*, Juliano decía: «cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega pero no en la causa de la tradición, no veo por qué no ha de valer la tradición, por ejemplo, si yo creo que debo entregarte un fundo a causa de un legado y tú crees que te lo debo por estipulación; porque también si yo te doy una cantidad de dinero en donación y tú la recibes como prestada, consta que se te transfiere la propiedad, y que no lo impide el que no estemos de acuerdo respecto a la causa de dar y recibir» (41, 1, 36).

Con estos y otros precedentes, el Código Civil alemán (BGB) diseña un régimen para la transmisión de los derechos reales basado en dos requisitos, uno común, el acuer-

do real que deben concluir las partes al único objeto de consentir la modificación en la titularidad pretendida, y otro que depende de la naturaleza del bien: si inmueble, la inscripción en el Registro de la Propiedad, si mueble, la tradición.

Precisiones

«Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción jurídica de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa» (§ 873, párr. 1.º del BGB). «Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad» (§ 929 del BGB).

La clave del sistema, por tanto, es ese acuerdo o *Einigung* que ha de concurrir en todo caso. El acuerdo se dice real porque sus efectos solo tienden al cambio en la titularidad respectiva, desvinculándose, por completo, de la causa sustantiva, el motivo verdadero, la finalidad económica que haya conducido a las partes a suscribir la operación. Por esto mismo se advierte, como segunda y principal característica del convenio, su abstracción. El acuerdo es abstracto porque se interpone entre la compraventa, la permuta o el título causal de que se trate y el modo concreto de investidura, el mecanismo previsto para que el cambio pueda darse a conocer (inscripción o posesión). Con ello se logra desvincular al derecho que se haya transmitido de las circunstancias que afecten a la validez del negocio obligatorio, fomentando una mayor confianza en el tráfico jurídico. En este sentido, repárese en que el Derecho común, vigente en buena parte del territorio alemán antes de que el BGB se promulgara, no admitía las adquisiciones autorizadas por persona no propietaria. En su virtud, la reivindicación del propietario despojado habría de triunfar frente a terceros que la hubieran adquirido, aun cuando el despojo proviniese de la persona a la que el dueño se la hubiera confiado (abuso de confianza); de nada servía, siquiera, que el tercero hubiera creído en la apariencia de propiedad demostrada por el enajenante. La máxima era *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Con el nuevo sistema, en cambio, podrá no existir causa para la transmisión o resultar el negocio obligatorio nulo o ineficaz, pero el derecho adquirido por el tercero queda a salvo.

Precisiones

En el Derecho alemán antiguo, por el contrario, como también, luego de la recepción, en algunos ordenamientos locales, se preveía, tratándose de bienes muebles, que la reivindicación del legítimo propietario no podía prosperar en los casos en que hubiera mediado abuso de confianza (Wolff). La regla, que se resumía en el acervo «*Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen*» («Donde hayas depositado tu confianza, allí la has de buscar»), infundiría aquella otra de que «la posesión equivale a título» después incluida en el Código francés (art. 2.779), y desde el cual llegaría al nuestro (art. 464).

El contrato real, tal y como lo plantea el Código alemán, se asimila a la *mancipatio* del Derecho romano. Esta, ha de recordarse, operaba como un negocio formal de traslación independiente de la causa por la que se realizara; en ella nada anunciaba el título por el que realmente se celebraba. Simplemente servía como cauce para que la transmisión tuviera lugar, la cual se perfeccionaba siempre que se hubiera cumplido con los recaudos que se exigían (ciudadanía romana, presencia de los cinco testigos, empleo de las palabras rituales, etc.). Hoy, en Alemania, el acuerdo solo es formal para los inmuebles, a cuyo respecto debe declararse en las oficinas del Registro o ante un juez o notario; en relación con las cosas muebles, se entiende, para la mayor parte de los casos, implícitamente otorgado con la entrega.

2.2. EL SISTEMA ESPAÑOL: PRESUPUESTOS

Expuestos los tres sistemas tipo en la materia, la legislación española se adscribe, no sin matices, al del **título** y el **modo**. En él, será título aquel acto o negocio que fundamente la entrega que se haga de la cosa, de tal manera que la violencia, el error, el dolo o las demás irregularidades de que adolezca se transmitan junto con el derecho que se adquiere o constituye, pudiendo invocarse contra el sucesor, dejando a salvo por el momento la protección que puede dispensar el ordenamiento a los terceros de buena fe. Frente al modelo alemán, se trata, entonces, de un sistema profundamente causalista, que tampoco requiere, como regla general, de la inscripción en el registro inmobiliario para que los derechos reales se perfeccionen; entre nosotros, el asiento registral *solo* sirve para favorecer que los terceros conozcan de las relaciones constituidas previamente.

Para nuestro ordenamiento, antes de la tradición no cabría adquirir ningún derecho real (art. 1.095 del CC), a reserva, en primer lugar, de los derechos cuyo contenido no incorpora la posesión (hipoteca, servidumbres negativas) y, en segundo lugar, de lo dispuesto en sede sucesoria, dado que los derechos que hayan sido del causante y que no hubieran de extinguir-

se con su fallecimiento, se transmiten por ley a sus herederos. El sistema español se aleja, con ello, del francés, aunque no del todo por cuanto para las donaciones, desde ya la dación con que se emplea el artículo 609 del CC, se prevé su directa eficacia real o dispositiva.

Siendo, pues, el del título y el modo, el sistema adoptado para las transmisión y constitución de derechos reales por causa onerosa, a ambos presupuestos deben sumarse otros por su indudable carácter lógico. En los siguientes epígrafes se desarrollan unos y otros.

2.2.1. Título

El **título** entraña la causa en que se asienta la mutación jurídico-real. Sin él, lo único que puede transmitirse por medio de la tradición es la posesión de la cosa o su simple tenencia. El título, por tanto, significa la *iusta causa traditionis*, entendiendo por tal el acto, el negocio jurídico o, incluso, la disposición judicial que explica la atribución patrimonial respectiva.

EJEMPLO 1

Para el derecho de dominio, por ejemplo, resulta título suficiente, por su alcance traslativo, el contrato de compraventa, la dación o adjudicación en pago, el aporte a una sociedad, etc. No lo es, en cambio, un contrato de locación, comodato o depósito.

Para los derechos reales limitados, por su parte, el título se suele denominar con el mismo nombre que se asigna al derecho: se habla así de contrato de usufructo, de hipoteca, de prenda, etc.

El título puede ser voluntario o forzoso. El primero es aquel que se consiente libremente por quien haya de desprenderse del derecho o, si se trata de la constitución de un derecho limitado, normalmente por quien sea propietario de la cosa. El título se reputa forzoso, cuando estando obligada una persona a transmitir o constituir el derecho de que se trate, o por una previsión legal que lo prevea, la autoridad judicial suple su voluntad, autorizando expresamente que se haga. Recuérdese, según se introdujo en su momento, que ciertos derechos reales pueden constituirse por mandato legal, y que dentro de ellos existen, a su vez, algunos para los que la previsión legal no opera automáticamente sino que, a falta de convenio entre los interesados, se faculta a acudir a la autoridad judicial o, excepcionalmente, la autoridad administrativa para que sea ella la que defina si se dan

efectivamente las condiciones legales y en tal caso la imponga. Las servidumbres forzosas, tal y como la de paso tratándose de dar salida a una finca que no la tiene a la vía pública (art. 564 y ss. del CC), reflejarían un buen ejemplo.

Siendo el título voluntario, el principio es el de libertad de forma (art. 1.278 del CC). Ciertamente el artículo 1.280 del CC dispone que «deberán constar en documento público», entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales», aunque también lo es que la norma se interpreta en el sentido de que el documento público se exige *ad probationem*, de que la escritura pública no se señala con efectos constitutivos, integrando en su validez al contrato, como sí sucede en cambio para la donación de bienes inmuebles (medio adquisitivo propio, como sabemos, ajeno a la teoría del título y el modo), la hipoteca (art. 145 de la LH), la enfiteusis (art. 1.628 del CC) o el derecho de superficie (art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

De lo anterior surge que mientras se den los presupuestos de validez del contrato traslativo de turno —en una compraventa, como ejemplo paradigmático, por ser firme el acuerdo en torno a la cosa y el precio (art. 1.445 del CC)—, la propiedad podrá adquirirse mediante documento privado, o aun sin él, por haberse convenido verbalmente, si entregada la posesión, se acredita por el resto de medios de prueba admitidos en Derecho que ha habido contrato, en cuyo cumplimiento precisamente se habría producido el traspaso de la posesión previo seguro pago del precio o una parte de él, con lo que el contrato se acabaría demostrando por su misma ejecución.

2.2.2. Modo

Por principio, el **modo** desempeña dos funciones. Una interna, basada en el cumplimiento del contrato, del título previamente concluido y que consiste en la puesta a disposición de la cosa, y otra externa, que presenta, a su vez, un doble carácter: positivo, en cuanto la posesión que por ella se tome vendrá a actuar como signo de reconocibilidad de la titularidad que haya de tenerse como consecuencia sobre la cosa; y negativo, en la medida en que el traspaso efectuado evitará que la cosa se entregue a otra persona en perjuicio del compromiso adquirido con base en el título, y esto último a reserva de cuanto se dirá sobre la buena fe como presupuesto de común aplicación respecto del proceso adquisitivo (art. 1.473 del CC).

En relación con las formas en que puede realizarse la tradición, la legislación española mantiene, con todo, una postura bastante flexible. En precepto extensible a cualquier negocio traslativo, y no solo a la compraventa, en cuyo título se ubica, es verdad que comienza advirtiendo que la cosa se considerará entregada cuando se ponga en poder y posesión del adquirente (art. 1.462, párr. 1.º, del CC), lo que remite al artículo 438 del CC

en cuanto la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o por el hecho de quedar sujeta a la acción de nuestra voluntad. De ordinario la tradición importaría, entonces, la entrega de la cosa, requiriendo de un cierto desapoderamiento, una cierta desposesión, aun parcial como cuando se constituye un derecho de uso o habitación sobre un inmueble. En las servidumbres positivas, como hipótesis particularmente específica, el modo se concretaría en el ejercicio, o posibilidad de ejercicio, de actos posesorios sobre el inmueble gravado, dado que el titular de ese fundo (o quien como el usufructuario o el arrendatario haga sus veces) seguirá en posesión de la finca.

Pero, como decía, junto a esta modalidad ordinaria o propia de tradición, basada en la investidura, en la recepción material del bien objeto de transmisión, nuestro sistema legal admite, amén de los clásicos y lógicos institutos de la *traditio brevi manu* y el constituto posesorio, que no se alejarían, por demás, del postulado de la materialidad en la posesión (por ellos solo se evitaría el juego inútil de la transmisión efectiva del bien que ya tiene en su poder quien habría de recibirla como resultado), una tradición al mero amparo de la entrega del documento público en que se haya instrumentado el título. Dice así el segundo párrafo del citado artículo 1.462 que «cuando la venta se hiciera mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o dedujere claramente lo contrario». Si a esta **tradición instrumental** sumamos que para los bienes muebles el artículo 1.463 del CC prevé que su entrega se efectuará «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador del instante de la venta», la entrega material, efectiva como presupuesto para la adquisición de los derechos reales, aparece como evento circunstancialmente dispensable, acercándonos en alguna medida al modelo consensual francés.

Y digo en alguna medida porque a los dos requisitos que surgen del artículo 1.462, párrafo 2.º del CC para que se tenga por realizada la tradición, esto es, que la compraventa se celebre por medio de escritura pública, con todos los requisitos formales para su validez, y que de dicha escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, doctrina y jurisprudencia vienen a considerar implícito otro requisito: que el vendedor, el transmitente, se encuentre en posesión del bien.

EJEMPLO 2

Si «A» vende en escritura pública a «B» un inmueble que se encuentra usurpado desde más de un año por «C», la tradición instrumental no haría propietario a «B» en cuanto no habría adquirido la posesión por impedirlo la posesión contraria de «C».

Dicho ello, autores de la talla de Lacruz, Peña o Albaladejo, entre otros, salvan el precepto en el sentido de que en ese caso, en el que, como decimos, quien transmita carezca de posesión, siquiera de derecho de posesión que transferir para que el *accipiens* pudiera adquirir mediante el ejercicio del interdicto de turno la posesión efectiva de la cosa, el dominio se habría transmitido pese a todo (y con él las acciones reales vinculadas, por ejemplo, la reivindicatoria para ejercer de inmediato contra el poseedor), pero no la posesión, que por no haberse adquirido por «el nuevo propietario», no podrá defenderse por los procedimientos (interdictos) que le son propios.

Similares apreciaciones cabe hacer en relación con la **tradición consensual** del artículo 1.463 del CC, en la medida que los bienes muebles no pueden estar siendo poseídos por otro en oposición al transmitente; el precepto se habría habilitado pensando en la «imposibilidad física o material», así como en la inconveniencia económica de trasladar los bienes en el momento en que se concluye la operatoria, pero no en aquel otro supuesto calificado de imposibilidad jurídica.

EJEMPLO 3

Sería el caso muy típico de las mercaderías almacenadas, cuya propiedad se puede transmitir directamente sin requerir que el tercero haga entrega efectiva de los bienes, evitando los gastos vinculados cuando conviene que, pese a la transmisión, los bienes sigan almacenados.

De la misma forma, el artículo 1.463 del CC vendría a permitir en los hechos que se pueda vender, transmitir la propiedad de un bien mientras se encuentre pignorado; bastará con notificar al acreedor para evitar que cumplida la obligación, se lo restituya a quien habría dejado de serlo por ese acto de transmisión de fecha posterior a la constitución de la prenda.

Entonces, como para el artículo 1.462, párrafo 2.º, no correspondería la tradición «por el solo acuerdo de las partes o conformidad de los contratantes» cuando el *tradens* estuviera falto de posesión absolutamente, existiendo correlativa posesión ajena. Sin embargo, los mismos autores citados al respecto de la tradición instrumental mantienen que todavía podrá lograrse el resultado de transmitir el dominio, que no la posesión, de los bienes muebles no poseídos por el transmitente, aunque para ello será necesario, por un mínimo criterio de coherencia, que el acuerdo de transmisión se instrumente en escritura pública.

Finalmente, conviene advertir, reiterando una idea aquí ya mencionada, que el modo se antoja por completo superfluo respecto de aquellos derechos reales que, como la hi-

poteca, las servidumbres negativas, los censos o los derechos de adquisición preferente no se ejercen por la posesión. El título será suficiente para su constitución, a reserva de que los terceros a quienes se pretendan oponer hayan podido conocerlos; de ahí, la mayor importancia de que consten publicados en el Registro.

Precisiones

Para estos derechos se suele estar al artículo 1.464 del CC en ese su primer inciso en que establece que respecto de los bienes incorpóreos, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.462 del CC (Peña, Lacruz, De Pablo Contreras). Pero la referencia, que se entiende en cuanto a la necesidad de que consten en escritura pública, no puede justificar, como para el caso de los bienes corporales, tradición, ni ficticia ni de ningún tipo, pues ninguno de los derechos mencionados requiere por naturaleza de modo para su constitución. El requisito de la escritura pública lo sería, de entender el precepto en el sentido de su exigencia con efectos constitutivos, respecto del título; sin embargo, terminaría ello por contradecir la doctrina que emerge de los artículos 1.278 y 1.280.1.º del CC, tal y como antes se ha explicado, que es la que rige con alcance general en la materia, arribando así a una conclusión harto dudosa. Por lo pronto, sonaría redundante en relación con la formalidad *ad solemnitatem* que se especifica en su lugar para alguno de tales derechos (hipoteca, enfiteusis, superficie).

2.2.3. Legitimación

Pero no basta con que exista un título, una justa causa para la transmisión seguida o precedida de la entrega efectiva de la cosa. Por lógica, se precisa además que el transmitente o constituyente se encuentre **legitimado** para autorizar la enajenación o el gravamen. La cuestión se resume en la fórmula *nemo dat quod non habet*, en cuanto nadie puede dar lo que no tiene, circunstancia a la que también se alude con la máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, en cuanto nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso del que goza. Por ejemplo, ni el acreedor pignoraticio ni el usufructuario que, haciéndose pasar por propietario, vendieran y entregarán la cosa, podrían transmitir válidamente su dominio; de igual manera que quien sobre una cosa tenga un dominio «imperfecto», por estar gravado con un derecho limitado o por estar supeditado a un evento resolutorio, solo podría transferirlo en tales condiciones.

Por aplicación del principio que se acaba de exponer, la persona que adquiera un derecho real de quien carezca de la suficiente aptitud para transmitirlo, solo lo hará en apa-

riencia, no pudiendo imponerse frente al legítimo propietario, el *verus dominus*, que no habría participado ni consentido la oportuna transacción. Tal sería la regla general en el ámbito de los derechos reales, regla sobre la cual, no obstante, habría que hacer algunas consideraciones.

La primera se refiere a la virtualidad que puede presentar la convalidación en sede de derechos reales. En su virtud, ha de estimarse adecuado que el derecho real inválidamente constituido se legitime una vez se produzca el evento adquisitivo en cabeza del transmitente, por haber venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa.

Si se analiza bien, la convalidación no termina de exceptuar el *nemo dat quod non habet*; el fundamento del principio se respeta aunque la titularidad no se tenga en el mismo momento de la constitución. Vale con que la legitimación requerida para el acto ya concluido se alcance con posterioridad. No ocurre lo mismo con las llamadas adquisiciones *a non domino*, que, como ya indican con su nombre, operan con independencia del principio.

En efecto, los supuestos contemplados en los artículos 464 del CC y 34 de la LH conferirían plena validez a los derechos que hubiesen adquirido terceros de persona no legitimada para otorgarlos. La medida se basaría en una razón de interés público, en la protección que se le debe proporcionar a quienes hubieran confiado en la aparente legitimación del transmitente, y que no habrían conocido ni podido conocer de la causa concreta que hubiera de hacer inválida la transmisión.

2.2.4. Capacidad

Por su condición naturalmente dispositiva, la transmisión o constitución de un derecho real requiere que la persona que la consienta tenga plena **capacidad de disponer**. Mientras que el concepto de legitimación se refiere al poder de disposición del sujeto interesado, en cuanto contenido del derecho subjetivo que tenga efectivamente atribuido, el de capacidad remite a una condición de su persona, a la posibilidad de disponer por sí mismo total o parcialmente de las utilidades que ese derecho le reporte.

Precisiones

Sobre el tema, Messineo sostiene que no debe confundirse con la capacidad jurídica el poder de disponer o de disposición, que es una relación del sujeto

.../...

.../...

con un derecho subjetivo. Este poder no se trata de algo autónomo: es parte del contenido de los poderes correspondientes al titular de un derecho, por cuya virtud puede decirse que esta persona puede disponer, puede realizar actos o negocios de disposición (enajenación, dación en garantía real, etc.) de su derecho, y viceversa, que solo el titular del derecho real está legitimado para disponer de él y que, por consiguiente, nadie puede disponer de los derechos ajenos.

2.2.5. Inscripción

Salvo para la hipoteca (arts. 1.875 y 145 de la LH), el derecho de superficie (art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) y alguna otra figura más, en nuestro país, la inscripción carece de efectos constitutivos; esto es, el derecho real no necesita de la inscripción para su validez. La eficacia del Registro es, entonces, meramente declarativa, lo que obliga, en primer lugar, a considerar su razón de ser respecto de una legislación donde ya se prevé la tradición como elemento de exteriorización, de publicidad de los derechos reales. Una vez se aclare esto, conviene preguntarse sobre los motivos que hacen que esa necesidad se manifieste más acusada para los inmuebles.

Por lo que atañe a la primera cuestión, la posesión no supone un mecanismo de publicidad enteramente confiable. Es cierto que la titularidad de los derechos reales puede revelarse por su medio, pero también lo es que no siempre quien posee o detenta una cosa disfruta del título que alega para contratar. Por ejemplo, el acreedor al que se le hubiera entregado en prenda una cosa, podría hacerse pasar por propietario para proceder a venderla. Con esa venta, al legislador se le plantearía un claro conflicto: o mantener al legítimo dueño en la propiedad de la cosa o conceder su dominio al tercero que haya confiado en la apariencia creada por la posesión. En el primer caso, el principio de legitimación se impondría, con lo que se obstaculizaría gravemente el tráfico jurídico, en la medida en que quien aspirara a adquirir una cosa exigiría, en previsión de un futuro despojo, innumerables pruebas que acreditasen la propiedad, la perfección en el título del disponente. Por el contrario, la consagración del derecho adquirido por el tercero traería irremediablemente consigo la extinción del dominio en cabeza de quien no habría participado ni permitido el negocio oportuno. La primera solución es propia de la tradición histórica romana; la segunda, de los ordenamientos germánicos.

Precisiones

Como señala Lacruz, para quien la solución dada al conflicto depende del medio racial y geográfico, social y económico en que se produce, «en un ambiente en que el culto del individuo, considerado como centro del Universo, ahogue el sentimiento social, poniendo estrechos límites a la vida de relación, se comprende la tutela exclusiva de los derechos subjetivos (...). En un medio, en cambio, en el que una férrea estructuración de la vida social haga anteponer al interés individual de los ciudadanos el de la colectividad, rige el opuesto principio de la tutela del tráfico, con la consiguiente posibilidad de confiar en la titularidad del propietario o acreedor aparente, sabiendo que, aunque tal apariencia se separe de la realidad jurídica, ningún daño podrá derivar a quien adquiere o paga del hecho de haberse fiado de ella».

Pues bien, en relación con esa disputa entre la seguridad en los derechos y la seguridad en el tráfico que ya destacara Ehrenberg, el Registro, tal y como lo concibe la legislación española –y sin anticipar más sobre cuál haya de ser el valor exacto de la inscripción en nuestro Derecho–, se pone al servicio de ambas: de la seguridad de los derechos, en cuanto la persona que figure en sus libros como titular no podrá ser desconocida por los terceros, quienes con ella deberían contratar para adquirir el derecho que pretendan (y es que los asientos se presumen veraces mientras no se impugnen en debida forma, del mismo modo que se presume su conocimiento, presunción esta *iuris et de iure*, por lo que no cabe invocar la ignorancia respecto de lo inscrito). Pero, a la vez, el Registro cumple con la seguridad en el tráfico, al proteger justamente en el derecho adquirido a los terceros que hubieran confiado en la información volcada en sus libros, a aquellos que de buena fe hubieran contratado con la persona legitimada según los asientos registrales.

Precisiones

Para Ehrenberg, la seguridad en los derechos, o seguridad jurídica en sentido estricto, consistía en no poder llevar a cabo una modificación desfavorable de una situación patrimonial anterior sin el consentimiento de la persona afectada. A su vez, por seguridad en el tráfico entendía que la favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no pudiera frustrarse por circunstancias que le fueran desconocidas a esa misma persona.

Obviamente, como aparato institucional especialmente creado, el trámite registral incorpora cierto encarecimiento de las operaciones. Ello explica que solo se instituya con carácter general para los inmuebles, en la medida en que su mayor valor absorberá los respectivos costes con holgura. En cambio, aunque en ocasiones puedan alcanzar una elevada cotización, la mayoría de los bienes muebles goza de un valor más reducido, condición que no justificaría los gastos que hubiera de generar su registro; cuando el sistema efectivamente se establece, se haría con miras a bienes que, como buques, aeronaves o automóviles, tengan una relevante importancia económica y sean susceptibles de una fácil individualización.

2.2.6. Buena fe

No suele exponerse la buena fe como presupuesto esencial para que los derechos reales se adquieran. Con tal significado, la buena fe solo parece admitirse para los casos de adquisición *a non domino*, donde su incidencia sería capital para que el tercero resultase amparado en un derecho que, de otro modo, habría de ceder ante la acción que impetrara el legítimo propietario.

Sin embargo, la buena fe, como elemento, no se limita a un factor de aplicación extraordinaria. En cuanto concepto está presente en toda la regulación de los derechos reales, cuya oponibilidad se basa, justamente, en el conocimiento que los terceros alcanzan de su existencia.

Tal es el criterio que vemos sancionado en el artículo 1.473 del CC, en sede de compraventa. En su virtud, «si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuera mueble»; si fuera inmueble, y no habiendo inscripción de ninguno de los títulos en disputa en el registro, la propiedad corresponderá «a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe». La norma parece apartarse del principio de buena fe cuando, de haber inscripción, atribuye la propiedad a quien, sin más, inscriba. Pero ello no significa otra cosa que remitirse a la legislación hipotecaria, la cual justamente hace depender la protección que dispensa de la buena fe entendida esta como falta mínimamente diligente de conocimiento, lo cual se apreciaría, «por ejemplo, cuando una entidad financiera, después de un estudio sobre las ventajas de su inversión inmobiliaria, adquiere en escritura pública, que inscribe, varias viviendas vendidas anteriormente por el mismo vendedor, en documento privado, a diferentes personas que ocupaban las fincas como dueñas después de haberlo hecho como arrendatarias». Así habría de estimarlo el pleno de la Sala de lo Civil del Supremo en su Sentencia de 7 de septiembre de 2007, recordando su jurisprudencia en torno al requisito de probidad, de buena fe, en la persona del inscribiente del artículo 1.473 del CC.

3. LA MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

3.1. CLASES

Por **modificación** de los derechos reales se debe entender toda vicisitud, voluntaria o circunstancial, que provoque un cambio en la estructura subjetiva de la relación, en el objeto que le sirve de asiento o en su contenido (Díez Picazo). No se trata, desde luego, de un fenómeno aislado; pensemos, sin más, en que la modificación subjetiva resulta una consecuencia directa del régimen de los derechos reales: en su vertiente activa, por la transmisibilidad que, de uno y otro modo, se predica de buena parte de ellos; en su vertiente pasiva, por la oponibilidad que identifica al género, y que hace común que quien adquiera la cosa deba soportar las cargas y gravámenes que se hayan comprometido con anterioridad.

Junto a las modificaciones de tipo subjetivo, que no tendrían, por lo comentado, mayor complejidad, se vislumbran otras. Del lado de las objetivas, quizás, la más destacada sea la *adquisición*, ese supuesto en que una cosa se adhiere, natural o artificialmente, a otra (art. 353 y ss. del CC); también podría citarse la destrucción o pérdida, siempre parcial, de la cosa (por ejemplo, art. 514 del CC).

En tercer lugar, las modificaciones de los derechos reales pueden incidir sobre su contenido. Son aquellas que, sin variar ni suprimir el esquema básico de la relación, repercuten, de alguna forma, sobre el cuerpo de facultades y obligaciones con las que el derecho se haya concebido. Un buen ejemplo está representado por el *ius variandi* en materia de servidumbres del que se ocupa el artículo 545 del CC y al que desde aquí, como ejemplo, se remite.

3.2. LA CONVERSIÓN DE LOS DERECHOS REALES: EL INSTITUTO DE LA SUBROGACIÓN REAL

Para que un medio pueda calificarse de modificadorio parece evidente que su alcance debe circunscribirse a los contornos característicos de la relación que haya de modificarse. Se comprende que la pretendida modificación dejará de serlo si conlleva la desnaturalización del derecho en que se fije. En tales casos, se trataría de una suerte de conversión, de sucesión entre derechos; es lo que expresaría el instituto de la **subrogación real**, reconocido por el ordenamiento en determinadas ocasiones.

La subrogación real supone, como presupuesto cardinal, la sustitución, por su deterioro o realización, de la cosa que es objeto de un derecho real por otra que hace sus

veces. Pero, el expediente no queda ahí; antes bien, la diversa naturaleza del nuevo objeto obliga a trastocar todo el régimen originalmente estipulado, de modo que el esquema de actuación varía por completo.

EJEMPLO 4

Es el caso de la hipoteca ante la destrucción o expropiación de la finca, circunstancia por la cual la garantía *pasará a recaer* sobre las indemnizaciones que reciba el propietario, depositándose por quien haya de satisfacerlas (compañía de seguros, administración) en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, procediendo a su consignación judicial en garantía, claro está, del cumplimiento del pago del crédito asegurado inicialmente con la hipoteca (art. 110.2 de la LH).

4. LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

El Código Civil se ocupa de los distintos medios de extinción de los derechos reales particularmente, esto es, al hilo de la regulación de cada uno. No obstante, habría motivos que resultarían susceptibles de aplicarse a todos los derechos reales: la pérdida de la cosa o la renuncia al derecho de turno serían los más destacables. A continuación nos fijaremos, pues, en los medios de extinción según resulten de interés respecto de todos los derechos reales (o del grueso de ellos) o se justifiquen únicamente para los derechos reales limitados.

4.1. CAUSAS COMUNES

4.1.1. Pérdida de la cosa

Los derechos reales se extinguen cuando la cosa sobre la que recaen se pierde total y definitivamente. La pérdida es de carácter físico si la cosa se destruye o consume, del mismo modo que si cambia en su esencia o se transforma en su identidad. Por tanto, la pérdida no siempre tendrá la connotación negativa que parece inspirar con su nombre: las uvas que se convierten en vino, el papel que se utiliza para el libro, el lienzo que se hace cuadro, lejos de perder valor, se optimizan. Cuestión distinta es que quien con su actuar haya pro-

ducido la transformación o especificación de una cosa, o la confusión entre dos o más, se haga con la propiedad de la resultante (sobre el particular, véase el art. 375 y ss. del CC).

En cuanto concepto relacionado con la extinción de los derechos reales, la pérdida de las cosas también puede predicarse en una dimensión exclusivamente funcional o económica: ello ocurre cuando por circunstancias sobrevenidas la cosa no pueda seguir prestando la utilidad para la que el derecho real se hubiera constituido. Tal sucede, por ejemplo, con la servidumbre de sacar agua de un pozo, que cesa cuando el pozo llega a secarse, sea por causas puramente naturales, sea por efecto de excavaciones que un tercero haya practicado en el fundo. En cualquier caso, se entiende que la imposibilidad o inutilidad de la cosa, para extinguir el derecho respectivo, debe ser definitiva, sustancialmente irreversible, pues, de no serlo, solo causaría la suspensión en su disfrute, por sí misma, no extintiva; por ende, si el derecho dejara de poder ejercitarse por un hecho voluntario, ya del propietario del bien que estuviera siendo gravado, ya de un tercero, esa persona se haría responsable.

El tercer sentido en que cabe concebir la pérdida de las cosas reside en el plano estrictamente de lo jurídico. Las cosas se pierden cuando se sustraen del comercio, como consecuencia de haber ingresado en el dominio público (a resultas, por ejemplo, de un procedimiento de expropiación forzosa) o, más excepcionalmente, de haberse prohibido como objeto del tráfico jurídico.

Precisiones

Si la afectación de un bien a la utilidad pública se produce por causas naturales, ni es necesario incoar el procedimiento de expropiación ni el particular tiene derecho a ser indemnizado. Un ejemplo se observa en el artículo 372 del CC, por el cual «cuando un río navegable y flutable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público», y solo lo recobrará el dueño de la heredad si las aguas vuelven a dejarlo seco, «ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto».

4.1.2. Transmisión

Los derechos reales se extinguen también por su transmisión. Aunque, como sabemos, no todos sean transmisibles, resulta obvio que la enajenación de la titularidad que confieren comporta la extinción del derecho para el disponente; su derecho se pierde a la par que lo asume el adquirente.

La transmisión podría verse, así, desde dos puntos de vista: en primer lugar, con miras a la dinámica de la operación, como un supuesto en que a la extinción de un derecho real le sigue la simultánea constitución de otro nuevo, pero de igual contenido y naturaleza; en segundo lugar, atendiendo a la estructura típica de la relación, como un supuesto de modificación subjetiva, de sucesión entre titulares.

4.1.3. Renuncia

La renuncia en materia de derechos reales resulta **expresa** cuando el titular de un derecho real manifieste de modo indubitado la voluntad de excluirlo de su patrimonio; **tácita o presunta**, cuando con su actuar esa persona acredite su falta de interés en continuar ostentando el derecho de que se trate (por ejemplo, arroja un objeto a la basura). Sea de una u otra clase, se requiere de la plena capacidad de disposición por parte del sujeto renunciante y que la renuncia no perjudique a terceros, ni se encuentre prohibida para el caso en concreto.

En cuanto a sus efectos, la renuncia a un derecho limitado ha de derivar en la consolidación del dominio; hay en ella una cierta idea de traslación. No ocurre lo mismo con la renuncia al derecho de dominio o derelicción. El abandono al dominio que se tenga sobre un bien mueble, lo convierte en *res nullius*, resultando, desde entonces, aprehensible por cualquiera. Si el dominio que se abandona es con respecto a un inmueble, los terceros que pudieran llegar a ocuparlo, de pretender adquirir su dominio, deberían poseer la cosa durante los treinta años que se disponen para la usucapión, pues mientras tanto es un bien mostrenco que pertenece, como tal, al Estado (art. 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Precisiones

Se puede renunciar al dominio de una cosa aunque esté gravado con otros derechos, de disfrute o garantía, los cuales, obviamente, no habrían de extinguirse como consecuencia. El único problema consistiría «en averiguar si el titular del derecho real adquiere automáticamente el dominio vacante por una ocupación (consolidación invertida), a lo que puede contestarse afirmativamente en materia de muebles» (Díez Picazo). Por el contrario, tratándose de inmuebles, como el Estado estaría llamado a la propiedad de los bienes vacantes, el titular de un derecho de usufructo, por ejemplo, no podría hacerse inmediatamente con el dominio, aunque luego pudiera llegar a usucapir.

Expuesto el panorama general, el verdadero interés práctico por el abandono al dominio se suscita por la connotación liberatoria con que se presenta en el ámbito de la comunidad de bienes, en cuanto el artículo 395 del CC permite eximirse de las deudas en concepto de gastos de conservación si el interesado renuncia a la parte (cuota) que le pertenece en el dominio.

4.1.4. Revocación

A nuestros efectos, en el amplio término de revocación se incluyen tres figuras tan diversas como son la **resolución** (cfr. art. 1.124 del CC), la **rescisión** (cfr. art. 1.290 y ss. del CC) y la **revocación** propiamente dicha (cfr. art. 644 y ss. del CC). Los derechos reales se extinguen, así, si, por cualquiera de tales circunstancias, pierde eficacia el título en que se sostienen o el de algún titular anterior y del que traen causa.

La causa de la revocación puede ser, entonces, **voluntaria**, por encontrarse establecida en el título que por tal motivo haya de devenir ineficaz (por ejemplo, una condición resolutoria) o **legal** (por ejemplo, el pacto comisorio en las obligaciones bilaterales, o la rescisión, o revocación de donaciones). Pero la revocación de un título (precedente) solo podrá afectar a un tercero titular posterior si este, al contratar, ha tenido oportunidad de prever esa posibilidad que se cernía sobre su derecho. Tal es la doctrina que emerge de la distinta regulación que hace a las tres fórmulas mencionadas, y que converge en dejar a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe (cfr. arts. 645, 647, 649, 1.124 *in fine*, y 1.295 del CC).

4.1.5. Disposición legal

En rigor, el grueso de las causas de extinción de los derechos reales aparece recogido, de una u otra forma, en la legislación. Sin embargo, al sugerirse la ley como causa más en concreto, se formula en congruencia con la calificación que antes se ha realizado de los artículos 464 del CC y 34 de la LH; la aplicación de estos preceptos dará con la extinción de aquel derecho que, previa y legítimamente constituido, se oponga al del tercero favorecido por la solución que dispensan.

Junto a los supuestos apuntados, los derechos reales también se extinguen por ley, cuando esta atribuye a una persona, a título de accesión o prescripción (usucapión), la propiedad de una cosa. La solución, para estos casos, se inspira en distintos factores: la necesidad de que los bienes se aprovechen eficaz y correctamente; la protección de la buena fe en el tráfico jurídico; el principio de que el valor de las cosas no puede perjudicarse por la

aplicación estricta del Derecho, etc. En su virtud, cabe entender por qué el dominio sobre la cosa en que otra se haya transformado (especificación) debe ir a parar a alguno de los sujetos implicados –ya al transformador, ya al dueño de los materiales– prefiriéndose entre uno y otro según las circunstancias (art. 383 del CC); por qué el propietario vendría a hacer suyos los materiales empleados para la construcción levantada en su terreno, aun cuando hubiera sabido que pertenecían a otro (art. 360 del CC); o por qué conviene reconocer la propiedad a favor de quien haya venido disfrutando de una cosa mientras el legítimo propietario hubiera dejado de hacerlo por el transcurso de un buen lapso de tiempo (art. 1.940 y ss. del CC).

4.1.6. Ejecución forzosa

La **ejecución forzosa** de un derecho consiste en la realización efectiva de su valor al objeto de sufragar una deuda a cargo de quien es su titular. Pero la ejecución forzosa de un derecho puede provocar, en virtud de la oponibilidad y prioridad conforme se disciplina el conjunto de los derechos reales, que otros «caigan», se extingan con él.

En tal sentido, fijese en que cuando corresponde la ejecución del dominio, la ejecución no puede perjudicar, como tampoco puede hacerlo una transmisión de tipo voluntario, a las personas que gozan de un derecho anterior al del ejecutante. Así, por ejemplo, si se hipoteca una finca que ya se encuentra gravada con una servidumbre, el acreedor sabrá, desde ese mismo instante, que su derecho tiene un rango inferior, por lo que, si ante el incumplimiento del deudor-propietario hubiera de instar la venta del inmueble, la servidumbre sobreviviría. En cambio, si, en su constitución, la hipoteca se anticipa a la servidumbre, esta, por ser posterior, habría de sucumbir como resultado del procedimiento ejecutivo que el acreedor hipotecario entable. En el primer caso, se habrían de extinguir el dominio en cabeza del deudor y la hipoteca, la cual, por cumplir con su finalidad, se extingue siempre con motivo de la ejecución; en el segundo, el dominio, la hipoteca y la servidumbre, siendo que el rematante, el mejor postor en la subasta, adquirirá la finca libre de gravámenes.

4.2. CAUSAS ESPECÍFICAS DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

4.2.1. Consolidación

Se entiende por **consolidación** la reunión en una misma persona de la propiedad junto con la titularidad del derecho real que hasta entonces la limitaba (usufructo, uso, habitación, servidumbre, etc.). El instituto opera automáticamente como efecto primordial de la extinción de un derecho de esta clase, de suerte que nadie puede tener un derecho restringido sobre una cosa que le pertenece. Tal sería su acepción genérica o común.

Pero la consolidación puede ser, además, la causa concreta por la que el derecho limitado toca a su fin. La reunión del grueso de utilidades sobre la cosa no se obtiene, en tal caso, como consecuencia de que haya operado cualquier otro motivo para la extinción, sino por la incidencia de un negocio jurídico (contrato, testamento) o de una previsión legal (llamado sucesorio) por la que uno de los sujetos ha de hacerse con los beneficios que hasta ese momento integraban el contenido del derecho de la contraparte; también, por supuesto, cuando un tercero suceda simultáneamente a ambos titulares.

4.2.2. Falta de ejercicio

Solo los derechos reales limitados se extinguen por su falta de uso; para que el dominio se pierda por esta vía se precisa además que otra persona posea el bien y logre cumplir con los plazos establecidos para la usucapión, plazos que difieren según la buena o mala fe del interesado y la naturaleza, mueble o inmueble, del bien.

Precisiones

Técnicamente, la falta de ejercicio, cuando se prolonga en el tiempo, acredita un claro desinterés hacia el derecho cuya titularidad se ostenta; se trataría de un tipo de renuncia tácita, no aplicable, como se expresa en el texto, al derecho de dominio.

La cuestión se enlaza directamente con la prescripción de las acciones reales, que el Código Civil fija como regla general en seis años para las que versen sobre muebles (art. 1.962), y treinta para las atinentes a inmuebles (art. 1.963). Por más que resulte prescriptible la acción reivindicatoria, ello no significa que el dominio se extinga como consecuencia, pues la prescripción funciona por vía de excepción y por tanto tiene un componente relativo que nada tiene que ver con la objetiva extinción del derecho real que sea por falta de uso. De ahí que mientras no se oponga ante la defensa impetrada por el propietario, el dominio seguirá existiendo. Pero, además, como dice De Pablo, no obstante se oponga y prospere, en tanto no se gane la usucapión por el oponente, el propietario seguirá pudiendo ejercitar todas sus acciones contra cualquier otra persona que le inquiete en su derecho.

En cambio, la falta de ejercicio se fija como motivo de directa extinción para la servidumbres si se prolonga por veinte años (art. 546, inc. 1.º del CC); para el usufructo,

el uso y la habitación si transcurren los mismos plazos que se fijan para la prescripción extintiva (art. 513.7.º del CC), esto es, seis años si recaen sobre muebles, o treinta si lo hacen sobre inmuebles; o para el derecho de superficie, si se deja pasar el plazo previsto en el título constitutivo para edificar (art. 41.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

A la misma conclusión se llega con respecto a los derechos de adquisición preferente para los que la ley fija un plazo de ejercicio, por entenderse este de caducidad; de suerte que si no se instan en ese lapso, normalmente muy corto, se pierden con automaticidad.

4.2.3. Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido

De los derechos reales, como sabemos, se predica su permanencia. Puede sorprender, por tanto, que una buena parte se encuentre temporalmente limitada, bien mediante la imposición legal de un plazo límite para su ejercicio (superficie, usufructo convenido en favor de una persona jurídica), bien mediante el reconocimiento de su índole vitalicia (usufructo, uso, habitación). La tendencia a la perpetuidad se reflejaría tan solo para el dominio y las servidumbres, y entre estas, básicamente las reales, a salvo de lo que en cuanto a los censos se dirá. Y es que en su concepción liberal, el dominio no podría afectarse indefinidamente a la satisfacción de intereses distintos a los del propietario. Las servidumbres implicarían una excepción, justamente en la medida en que su establecimiento habría de propender a un mejor aprovechamiento de los inmuebles, mayormente, rústicos, e incidirían levemente en el normal disfrute del bien gravado.

No obstante, todo ello es compatible. Cuando se alude al carácter permanente de los derechos reales, se los está comparando a los personales, cuyo ejercicio de ordinario conduce a su extinción. Los derechos reales, en cambio, se proyectan con mayor continuidad, siendo verdaderamente anormal que el derecho se extinga por su ejercicio; al contrario, según se ha visto, será su falta de uso la que, precisamente, pueda acarrearla, eventualidad que se cierne, incluso, sobre las servidumbres reales, que, aunque en principio perpetuas, igualmente habrán de perderse si dejan de utilizarse durante el plazo de veinte años.

En todo este panorama, los derechos de adquisición preferente llaman la atención, en primer lugar, por cuanto, siendo esencialmente temporales, son derechos, en su ejercicio, de tracto único, no sucesivo, como el resto de los derechos reales, factor que suma para dudar de la calificación jurídico-real que se les atribuye, y con la que desde un principio los presentábamos. Anudando este motivo de extinción que estudiamos con el último que en esta Unidad se comentará (el relativo al cumplimiento de la finalidad legal prevista para el derecho), que sean de tracto único significa que su función económica se alcanza instantáneamente, en ese mismo momento en que se insta por la persona de su titular la preferencia en la adquisición a la que habilitan.

En segundo lugar, debe hablarse del instituto de la redención, forma muy especial de extinción de los derechos reales inmobiliarios, que se comprende a partir de las disposiciones generales sobre los censos (arts. 1.608 a 1.611 del CC). Estamos ante una causa de extinción que encuentra su sentido ante gravámenes perpetuos o por tiempo indefinido, como medio de liberación a instancia unilateral del titular del inmueble gravado previo el pago de una suerte de proporcionada indemnización al titular del derecho a redimir. Se trata, obviamente, de un recurso contra las cargas reales y la división perpetua del dominio, en útil y directo, con lo que su fundamento descansa en la alta consideración que se tiene de la propiedad, en consonancia con todo lo que en estas páginas se viene comentando y como consecuencia del proceso desamortizador.

Precisiones

Que la redención es una fórmula excepcional y aplicable propiamente a las cargas reales lo confirma incluso que se utilice el término en el elenco de causas de extinción que para las servidumbres se contiene en el artículo 546 del CC, que por más que perpetuas, no incorporan una prestación a favor del dueño del predio favorecido, de ahí que la «redención», a modo de mutuo distracto, haya de ser «convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente». Es decir, por principio no cabe contra la voluntad del titular de la servidumbre.

4.2.4. Fallecimiento del titular

Es obvio que todos los derechos, sean de la clase que sean, personales o reales, se extinguen para el titular en caso de fallecimiento; el derecho subjetivo, por su propio concepto, fenece con su titular. Otra cosa, y a la que aquí se pretende referir, es que la muerte de una persona conlleve que algunos de los que fueron sus derechos no puedan transmitirse a sus herederos o a la persona a la que le hubiera dado tiempo a designar. En el ámbito de los derechos reales, sería el caso, como ya se ha dicho, de los derechos de usufructo, uso y habitación; también el de las servidumbres personales.

La razón fundamental del carácter vitalicio de los derechos reseñados se basa en la estricta vinculación que existe entre su contenido y las necesidades, conveniencia o intereses de su titular. A tal punto es así que desaparecido este, el derecho pierde su función económica característica, pasando, de inmediato, a extinguirse.

Precisiones

Por supuesto, a la hora de constituir un derecho real de esta clase se puede convenir un plazo de duración determinado, plazo que no será eficaz en tanto el titular fallezca antes.

4.2.5. Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho

Para terminar, importa aludir a una causa de extinción cuya autonomía se justifica por los derechos de garantía y de adquisición preferente.

En virtud de su carácter accesorio, los derechos de garantía se extinguen con la extinción, a su vez, y por la razón que fuera, del crédito cuyo cobro aseguran. También lo hacen cuando el acreedor inste la ejecución forzosa del bien, que tiende precisamente a que el acreedor alcance la finalidad que tuvo en vista al hacerse otorgar la garantía: la realización del valor que la cosa alcance en el mercado como medio para la satisfacción, siquiera parcial, del crédito.

En cuanto a los derechos de adquisición preferente, ellos se extinguen cuando su titular mediante su ejercicio, logra adquirir el dominio respectivo; aquí antes que por consolidación, el derecho de tanteo, retracto u opción, según se trate, se extinguiría por haberse realizado su cometido.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Son **causas específicas** para la adquisición de los derechos reales, aquellas susceptibles de aplicarse únicamente con respecto a alguno de los derechos admitidos; la ocupación, que solo se prevé para adquirir el dominio, y sobre bienes muebles abandonados o sin dueño, constituye paradigma más que ejemplo. Son **comunes**, en cambio, los medios de adquisición predicables de todos o la mayoría de los derechos reales; a saber: la tradición –o entrega de la cosa fundada en un título oneroso–, la donación, la usucapión, la sucesión por causa de muerte y la ley.
- Los medios de adquisición de los derechos reales también se distinguen por su eficacia, según operen **inter vivos** (tradición) o **mortis causa** (sucesión). La distinción importa si se atiende a que para los casos de sucesión se dispone que los herederos continúen a la persona del causante, no siendo necesario para que su adquisición se perfeccione que tomen posesión de las cosas; esto contrasta con la regla ordinaria vigente para las adquisiciones entre vivos, para cuya conclusión normalmente se requiere de la posesión como presupuesto constitutivo.
- Pero, sin duda, el método más arraigado para clasificar los diferentes medios de adquisición consiste en analizar si la atribución por ellos resultante deriva de un anterior titular o, por el contrario, se muestra originaria. Al respecto, la ocupación o la usucapión manifestarían las dos principales **adquisiciones originarias**, en cuanto el derecho que por ellas se imputa nacería *ex novo*, con desconocimiento o prescindencia de la voluntad real de cualquier otra persona. Cuando la correspondiente atribución se autorice por otro sujeto, que transmita el derecho que tenía (dominio, superficie) o constituya sobre él un gravamen a favor del adquirente (usufructo, prenda), se trataría de una **adquisición derivativa**. En este grupo se situarían también los derechos reales adquiridos por vía hereditaria, mediata o no testamento.
- En el sistema español, para la transmisión o constitución, esto es, para la adquisición derivativa de derechos reales entre vivos se sigue la **teoría del título y el modo**. En su virtud, es título aquel acto o negocio que fundamenta la entrega que se haga de la cosa.
- El **título** entraña la causa en que se asienta la mutación jurídico-real. Sin él, lo único que puede transmitirse por medio de la tradición es la posesión

de la cosa o su simple tenencia. El título, por tanto, significa la *iusta causa traditionis*, entendiendo por tal el acto, el negocio jurídico o, incluso, la disposición judicial que explica la atribución patrimonial respectiva.

Siendo el título voluntario, el principio es el de libertad de formas (art. 1.278 del CC). Ciertamente que el artículo 1.280 del CC dispone que «deberán constar en documento público», entre otros, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales», aunque también lo es que la norma se interpreta en el sentido de que el documento público se exige *ad probationem*, de que la escritura pública no se señala con efectos constitutivos, integrando en su validez al contrato, como si sucede en cambio para la donación de bienes inmuebles (medio adquisitivo propio, como sabemos, ajeno a la teoría del título y el modo), la hipoteca (art. 145 de la LH), la enfiteusis (art. 1.628 del CC) o el derecho de superficie (art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

- El **modo**, por su parte, desempeña dos funciones. Una interna, basada en el cumplimiento del contrato, del título previamente concluido y que consiste en la puesta a disposición de la cosa, y otra externa, que presenta, a su vez, un doble carácter: positivo, en cuanto la posesión que por ella se tome vendrá a actuar como signo de reconocibilidad de la titularidad que haya de tenerse como consecuencia sobre la cosa; y negativo, en la medida en que el traspaso efectuado evitará que la cosa se entregue a otra persona en perjuicio del compromiso adquirido con base en el título.

En relación con las formas en que puede realizarse la tradición, la legislación española mantiene, con todo, una postura bastante flexible. De ordinario la tradición importaría la entrega de la cosa, requiriendo de cierto desapoderamiento, cierta desposesión, aun parcial como cuando se constituye un derecho de uso o habitación sobre un inmueble. Pero, junto a esta modalidad ordinaria o propia de tradición, basada en la investidura, en la recepción material del bien objeto de transmisión, nuestro sistema legal admite, además de los clásicos y lógicos institutos de la *traditio brevi manu* y el constituto posesorio, que no se alejarían, por demás, del postulado de la materialidad en la posesión (por ellos solo se evitaría el juego inútil de la transmisión efectiva del bien que ya tiene en su poder quien habría de recibirla como resultado), una tradición al mero amparo de la entrega del documento público en que se haya instrumentado el título tratándose de bienes inmuebles (art. 1.462 del CC). Si a esta **tradición instrumental** sumamos que para los bienes muebles el artículo 1.463 del CC prevé que su entrega se efectuará «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de

la venta» (**tradición consensual**), la entrega material, efectiva como presupuesto para la adquisición de los derechos reales, aparece como evento circunstancialmente dispensable.

- Pero no basta con que exista un título, una justa causa para la transmisión seguida o precedida de la entrega efectiva de la cosa. Por lógica, se precisa además que el transmitente o constituyente se encuentre **legitimado** para autorizar la enajenación o el gravamen. La cuestión se resume en la fórmula *nemo dat quod non habet*, en cuanto nadie puede dar lo que no tiene, circunstancia a la que también se alude con la máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, en cuanto nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso del que goza.

Por aplicación del principio, la persona que adquiera un derecho real de quien carezca de la suficiente aptitud para transmitirlo, solo lo hará en apariencia, no pudiendo imponerse frente al legítimo propietario, el *verus dominus*, que no habría participado ni consentido la oportuna transacción. Tal sería la regla general en el ámbito de los derechos reales, la cual resultaría, con todo, corregida en virtud de las reglas favorecedoras del tráfico jurídico.

En efecto, los supuestos contemplados en los artículos 464 del CC y 34 de la LH conferirían plena validez a los derechos que hubiesen adquirido terceros de persona no legitimada para otorgarlos. La medida se basaría en una razón de interés público, en la protección que se le debe proporcionar a quienes hubieran confiado en la aparente legitimación del transmitente, y que no habrían conocido ni podido conocer de la causa concreta que hubiera de hacer inválida la transmisión.

- Por su condición naturalmente dispositiva, la transmisión o constitución de un derecho real requiere que la persona que la consienta tenga plena **capacidad** de disponer. Mientras que el concepto de legitimación se refiere al poder de disposición del sujeto interesado, en cuanto contenido del derecho subjetivo que tenga efectivamente atribuido, el de capacidad remite a una condición de su persona, a la posibilidad de disponer por sí mismo total o parcialmente de las utilidades que ese derecho le reporte.
- Salvo para la hipoteca, el derecho de superficie y alguna otra figura más, en nuestro país, la **inscripción** en el registro jurídico de turno (básicamente, el de la Propiedad Inmueble) carece de efectos constitutivos; esto es, el derecho real no necesita de la inscripción para su validez. La eficacia del registro es, entonces, meramente declarativa, trata de favorecer el conocimiento por terceros de la situación jurídica de los inmuebles que no siempre puede comprobarse a partir del hecho posesorio.

- Finalmente, aun dándose los cinco presupuestos hasta aquí destacados (título, modo, capacidad, legitimación e inscripción), puede ser que el derecho adquirido pierda lugar frente a un tercero que haya contratado con anterioridad con la persona del transmitente antes de haber convenido con el adquirente. La adquisición de los derechos reales para ser absolutamente inatacable debe ser de **buena fe**, pues si un derecho real se adquirió con todos esos requisitos pero sabiendo que la cosa estaba comprometida a un tercero, la pretensión de este habrá de imponerse frente a aquel.
- Por **modificación** de los derechos reales se debe entender toda vicisitud, voluntaria o circunstancial, que provoque un cambio en la estructura subjetiva de la relación, en el objeto que le sirve de asiento o en su contenido. No se trata, desde luego, de un fenómeno aislado; pensemos, sin más, en que la modificación subjetiva resulta una consecuencia directa del régimen de los derechos reales: en su vertiente activa, por la transmisibilidad que, de uno y otro modo, se predica de buena parte de ellos; en su vertiente pasiva, por la oponibilidad que identifica al género, y que hace común que quien adquiera la cosa deba soportar las cargas y los gravámenes que se hayan comprometido con anterioridad.

Junto a las modificaciones de tipo subjetivo, que no tendrían, por lo comentado, mayor complejidad, se vislumbran otras. Del lado de las objetivas, quizás la más destacada sea la **accesión**, ese supuesto en que una cosa se adhiere, natural o artificialmente, a otra; también podría citarse la **destrucción** o **pérdida**, siempre parcial, de la cosa.

En tercer lugar, las modificaciones de los derechos reales pueden incidir sobre su contenido. Son aquellas que, sin variar ni suprimir el esquema básico de la relación, repercuten, de alguna forma, sobre el cuerpo de facultades y obligaciones con las que el derecho se haya concebido, o más básicamente sobre el modo en que corresponde su ejercicio.

- Pero para que un medio pueda calificarse de modificadorio parece evidente que su alcance debe circunscribirse a los contornos característicos de la relación que haya de modificarse. Se comprende que la pretendida modificación dejará de serlo si conlleva la **desnaturalización** del derecho en que se fije. En tales casos, se trataría de una suerte de conversión, de sucesión entre derechos; es lo que expresaría el instituto de la **subrogación real**, reconocido por el ordenamiento en determinadas ocasiones. La subrogación real supone, como presupuesto cardinal, la sustitución, por su deterioro o realización, de la cosa que es objeto de un derecho real por otra que hace sus veces.

- El Código Civil se ocupa de los distintos **medios de extinción** de los derechos reales particularmente, esto es, al hilo de la regulación de cada uno. No obstante, habría motivos que resultarían susceptibles de aplicarse a todos los derechos reales: la pérdida de la cosa o la renuncia al derecho de turno serían los más destacables.
- Más en concreto, los derechos reales se extinguen por:
 - **Pérdida de la cosa.** Sea la pérdida física, esto es, porque la cosa destruya o consuma, o cambie en su esencia transformándose en su identidad; económica, por circunstancias sobrevenidas que impidan que la cosa pueda seguir prestando la utilidad para la que el derecho real se hubiera constituido; o jurídica, por quedar sustraída la cosa del comercio, como consecuencia de haber ingresado en el dominio público o, más excepcionalmente, de haberse prohibido como objeto del tráfico jurídico.
 - **Transmisión.** Los derechos reales se extinguen obviamente si se transmiten a un tercero, que los adquiere como nuevo titular.
 - **Renuncia.** En materia de derechos reales resulta expresa la renuncia cuando el titular de un derecho real manifieste de modo indubitado la voluntad de excluirlo de su patrimonio; tácita o presunta, cuando con su actuar esa persona acredite su falta de interés en continuar ostentando el derecho de que se trate (por ejemplo, arroja un objeto a la basura). Sea de una u otra clase, se requiere de la plena capacidad de disposición por parte del sujeto renunciante y que la renuncia no perjudique a terceros, ni se encuentre prohibida para el caso en concreto.
 - **Revocación.** Los derechos reales se extinguen, así, si, por **resolución** (cfr. art. 1.124 del CC), **rescisión** (cfr. art. 1.290 y ss. del CC) o **revocación** propiamente dicha (cfr. art. 644 y ss. del CC), pierde eficacia el título en que se sostienen o el de algún titular antecedente. La causa de la revocación puede ser, entonces, **voluntaria**, por encontrarse establecida en el título que por tal motivo haya de devenir ineficaz (por ejemplo, una condición resolutoria) o **legal** (por ejemplo, pacto comisorio en las obligaciones bilaterales, rescisión, revocación de donaciones). Pero la revocación de un título (precedente) solo podrá afectar a un tercero titular posterior si este ha tenido oportunidad de prever, al contratar, de esa posibilidad que se cernía sobre su derecho.
 - **Ley.** Así en los casos de adquisición *a non dominio* previstos en nuestro ordenamiento (arts. 464 del CC y 34 de la LH), cuya aplicación

dará con la extinción de aquel derecho que, previa y legítimamente constituido, se oponga al del tercero favorecido por la solución que dispensan; o también, cuando, por ley, se atribuye a una persona, a título de accesión o prescripción (usucapión), la propiedad de una cosa.

- **Ejecución forzosa.** Los derechos reales se extinguen por la realización efectiva de su valor al objeto de sufragar una deuda a cargo de quien es su titular. La ejecución supondrá la transmisión, forzosa, a tercero de ese derecho, pero también la extinción de derechos reales de inferior rango, si los hubiere, al ejecutado.
- Asimismo existirían **causas de extinción específicas** para los derechos reales limitados, a saber:
 - **Consolidación.** Lo que ocurre cuando estando gravado un bien, el propietario adquiere el derecho real que lo grava o el titular de este adquiere el dominio del bien; se trata de una consecuencia elemental del principio *nemini res sua servit*.
 - **Falta de ejercicio.** Solo los derechos reales limitados se extinguen por su falta de ejercicio; para que el dominio se pierda por esta vía se precisa además que otra persona posea el bien y logre cumplir con los plazos establecidos para la usucapión, plazos que difieren según la buena o mala fe del interesado y la naturaleza, mueble o inmueble, del bien.
 - **Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido.**
 - **Fallecimiento del titular.** Algunos derechos se extinguen con la persona de su titular, sin que integren su haber hereditario que aquí se quiere referir con esta causa extintiva particular. Sería el caso de los derechos de usufructo, uso y habitación; también el de las servidumbres personales.
 - **Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho.** Como ocurre con los derechos reales de garantía que, por su carácter accesorio se extinguen con la extinción, a su vez, y por la razón que fuera, del crédito cuyo cobro asegurasen; o también cuando el acreedor inste la ejecución forzosa del bien, que tiende precisamente a que el acreedor alcance la finalidad que tuvo en vista al hacerse otorgar la garantía: la realización del valor que la cosa alcance en el mercado como medio para la satisfacción, siquiera parcial, del crédito.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Es un medio de adquisición de los derechos reales originario:

- a) La ocupación.
- b) La tradición.
- c) La donación.
- d) La sucesión mortis causa.

Enunciado 2

Pedro, propietario de un ordenador, se lo vende a Juan el 1 de enero. Juan paga el precio el 2 de febrero. Pedro entrega la máquina a Juan el 3 de marzo. Finalmente, ambos redactan un breve documento para formalizar la operación el 4 de abril.

¿En qué fecha se convierte Juan en propietario?

- a) El 1 de enero.
- b) El 2 de febrero.
- c) El 3 de marzo.
- d) El 4 de abril.

Enunciado 3

Mediante documento privado de fecha 6 de abril de 2005, los cónyuges, Pedro y María Teresa, compran a Inmaculada un apartamento. Los compradores, antes de trasladarse a su nueva vivienda, deciden realizar algunos cambios en la misma, y así, instalan una nueva cocina y tiran un tabique para dar mayor amplitud al salón. El otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa tiene lugar el 7 de octubre de ese mismo año.

¿Cuándo se hizo el matrimonio propietario del inmueble?

Enunciado 4

Por principio, no se requiere ni de la tradición ni del ejercicio de actos posesorios sobre la cosa objeto:

- a) Para constituir una hipoteca.
- b) Para que un bien mueble quede pignorado.
- c) Si esa cosa no es de nadie, para adquirir su dominio por ocupación.
- d) Para adquirir la propiedad de un bien a causa de una compraventa.

Enunciado 5

Zoilo es un empresario agrícola que precisa adquirir una costosa maquinaria. Puesto en contacto con la entidad bancaria que va a financiarle la operación, esta le indica su preferencia por hacerlo mediante un *leasing*: de modo que el banco abonará al proveedor (concesionario) de la maquinaria el precio que en otro caso Zoilo habría tenido que desembolsar, se la entrega el proveedor directamente al empresario y pasa este a tenerla en locación por el término de cinco años, transcurrido el cual podrá ejercer la opción de compra establecida a su favor en el contrato.

En el caso, pues, el banco adquiere la propiedad del bien para de inmediato, en unidad de acto, entregársela en locación con opción de compra a Zoilo. Teniendo esto en cuenta:

- a) ¿Se habría cumplido con el sistema del título y el modo en el supuesto? En otras palabras, ¿habría habido tradición a favor del banco?
- b) En caso afirmativo, ¿qué tipo de tradición se habría, entonces, observado?

Enunciado 6

Quien ve extinguirse su derecho real por el cumplimiento de una cláusula resolutoria impuesta expresamente en el título de quien lo transmitió o constituyó a su favor, lo pierde por:

- a) Transmisión.
- b) Expropiación.
- c) Revocación.
- d) Ejecución.

Solución 1

- a) La ocupación.

Solución 2

- c) El 3 de marzo.

Solución 3

Aunque el supuesto no nos da la fecha exacta, los cónyuges adquirieron la posesión en algún momento próximo a la firma del documento privado, pues si bien este no tiene la virtualidad de dar por transferida la posesión, como sí sucede con la escritura pública dándose los requisitos del artículo 1.462 del CC, se nos dice que los cónyuges antes de instalarse hicieron una serie de reformas estructurales, que son actos elementalmente posesorios, además de típicos de propietario. Al tiempo de otorgarse la escritura pública, los cónyuges ya tendrían, entonces, la condición de propietarios, al haber cumplido antes con el título y el modo, presupuestos básicos al objeto. La escritura pública servirá para dar constancia fehaciente del contrato, además de ser el único título admisible para poder publicar en el Registro de la Propiedad el cambio de titularidad.

Solución 4

- a) Para constituir una hipoteca.

Solución 5

Se procede a responder las preguntas de forma conjunta.

En perspectiva, pues, al supuesto lo rondarían tres posibles transmisiones de la posesión [que no solo del dominio, con vistas a la adquisición de este: recuérdese siempre que la tradición es la entrega de la cosa y que esto puede obedecer a una pretendida traslación de la propiedad u otro derecho real (teoría del título y el modo) o a la intención de transmitir únicamente la tenencia del bien (ejecución o cumplimiento de un contrato de arrendamiento, sin ir más lejos)]. Así:

- La entrega del bien por el concesionario al banco para que este adquiriera la propiedad (tradición del concesionario al banco, tradición para cumplir con el modo que haga al banco propietario).
- La entrega del bien por el banco al empresario (Zoilo), quien necesita la maquinaria para su uso (tradición de la tenencia bajo el régimen de *leasing* o arrendamiento financiero).
- La entrega del bien por el banco al empresario (Zoilo) si este ejercita el derecho de opción que se le confiere (tradición para cumplir con el modo y así adquirir la propiedad del bien que se viene usando hasta la fecha).

El caso solo pregunta por las dos primeras, las cuales se acumulan en el tiempo; es esa su particularidad y con ella la razón del supuesto. Dicho ello, cabe hacer algunas observaciones que parecen importantes:

- La *traditio brevi manu* (tradición en favor de quien ya tiene en su poder la cosa que debería entregarse, en otro caso, para cumplir con el modo necesario para adquirir la propiedad del bien) solo podría considerarse llegado el caso de ejercitar la opción de compra el empresario (Zoilo).
- No puede alegarse la tradición instrumental del artículo 1.462 del CC porque el caso no nos dice que se haya suscrito escritura pública, pero además...
- Tampoco es posible ver aquí una tradición consensual *ex* artículo 1.463 del CC, es decir, una entrega de la maquinaria no realizada a la poste, porque el bien sí que se entrega, sí que se desplaza.
- Lo que sucede es que el banco no necesita adquirir la posesión personalmente; la cosa se pone a su disposición entregándosela a quien él ha indicado al concesionario, con lo que en un solo acto se lograría:
 - Dar cumplimiento al modo para que el banco sea propietario.
 - Dar cumplimiento por parte del banco a la obligación de hacer entrega de la cosa (de su tenencia) que deriva del contrato de *leasing* (arrendamiento con opción de compra) suscrito con el tomador o empresario.

Solución 6

c) Revocación.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2010.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *Curso de derechos reales. Propiedad y derechos reales*, Granada: Comares, 2005.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid: Civitas, 1998.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid: Tecnos, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º y 2.º, Madrid: Dykinson, 2003 y 2004.

PABLO CONTRERAS, P. de; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, III, Barcelona: Bosch, 1989.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º, Revista de Derecho Privado, Madrid: diversos años y ediciones.

Avanzada

DÍEZ PICAZO, L.: «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 455, 1966, pág. 829 y ss.

EHRENBERG, V.: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, A. Pau Pedrón (trad.), Madrid: Civitas, 2003.

GARCÍA-BERNANDO LANDETA, A.: *La subrogación real en el Derecho común español*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2000.

WOLFF, M.: en L. Enneccerus; T. Kipp, y M. Wolf, *Tratado de Derecho civil*, III-1.º, B. Pérez González y J. Alguer (trads.), Barcelona: Bosch, 1936.

UNIDAD
DIDÁCTICA

4

LA POSESIÓN

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El uso y la posesión de las cosas
2. Las distintas vertientes de la posesión
3. Los fundamentos por los que se protege la posesión
 - 3.1. Las teorías principales en la materia
 - 3.2. La función social de la posesión
4. Naturaleza jurídica
5. Clases de posesión
 - 5.1. Posesión natural y posesión civil
 - 5.2. Posesión en concepto o no de dueño
 - 5.3. Posesión mediata e inmediata
 - 5.4. Posesión «personal» y posesión «a través de otro», «por otra persona»
 - 5.5. Posesión de buena o mala fe
 - 5.6. Posesión viciosa
 - 5.7. Posesión civilísima
6. Situaciones no posesorias
 - 6.1. El servicio a la posesión de otro
 - 6.2. El simple uso de las cosas
 - 6.3. La yuxtaposición local

7. El objeto de la posesión
8. Coposesión y concurrencia posesoria
9. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión
 - 9.1. Adquisición
 - 9.2. Conservación
 - 9.3. Pérdida
10. Los efectos de la posesión en general
11. Especial consideración de la regla «posesión equivale a título» en materia de bienes muebles
12. La protección posesoria
 - 12.1. La defensa extrajudicial de la posesión
 - 12.2. La defensa interdictal de la posesión
 - 12.3. La acción publiciana

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

La posesión se define en la siguiente Unidad didáctica como «el poder que el ordenamiento reconoce sobre las cosas a quien las tiene sometidas a la acción de su voluntad», reconocimiento que genera un derecho subjetivo que es, entre todos los derechos reales, el más especial de todos. Y es precisamente su especialidad la que obliga a detallar sus variados aspectos con detalle.

Se comienza así por desarrollar los fundamentos de la posesión como institución jurídica, en aras de entender la razón de su propia existencia, el porqué se protege el estado posesorio aunque no se tenga título para poseer.

A continuación, se detallan los distintos tipos de posesión, a partir, principalmente, de la regulación que incluye el Código Civil al respecto. La calificación de la posesión dentro de una o de otra clase, lejos de cualquier ánimo teorizante, tendrá gran importancia práctica, como podrá observarse.

Entre los efectos de la posesión, se hace especial hincapié luego en la regla del artículo 464 del Código Civil, por la cual la posesión de buena fe equivale a título, pues la relevancia del principio en la práctica cotidiana lo precisa.

La Unidad termina con el imprescindible tratamiento de la cuestión interdictal, en otras palabras, de cómo se ordenan y han de resolverse por el juez los conflictos de naturaleza posesoria.

1. EL USO Y LA POSESIÓN DE LAS COSAS

Para empezar a desmitificar el que quizás sea uno de los institutos jurídicos más discutidos, la posesión debe confrontarse, previamente, con el simple uso de las cosas. Sin este ejercicio inicial, difícilmente podrá comprenderse el fenómeno al que se dedica esta Unidad. Y es que no toda posesión conlleva uso, al igual que el uso no siempre incorpora posesión.

EJEMPLO 1

El acreedor que tiene en su poder la joya que le ha dejado en prenda el deudor es poseedor pero no puede usarla. El depositario de un bien mueble que lo tiene en guarda tampoco puede servirse personalmente de la cosa, aunque como el acreedor pignoraticio sea poseedor y tenga interdictos posesorios.

El **uso**, en primer lugar, reside en el aprovechamiento directo de las cosas. El término alude a la circunstancia inmediata por la que las cosas se reditúan, se emplean al objeto de cumplir con alguna de sus finalidades prácticas o económicas. El ordenamiento lo tiene en cuenta en múltiples pasajes, sin ir más lejos, a la hora de perfilar el contenido de buena parte de los derechos reales; es el *ius utendi* referido especialmente al comienzo de la Unidad didáctica 2. Sin embargo no existe –ni se necesita–, propiamente hablando, un instituto genérico de uso –no confundir con el derecho real homónimo–, donde se integre cualquier tipo de fórmula que acredite la mera utilización de las cosas; exactamente, porque para el legislador carece de sentido jurídico si se lo desvincula de aquellas otras figuras que lo toman por base (usufructo, anticresis, arrendamiento, comodato, etc.).

La posesión, en cambio, se muestra un concepto más elaborado. Consiste en la detentación de las cosas, o mejor dicho, en tenerlas a nuestra disposición, pero sin que se requiera usarlas de un modo ininterrumpido e inmediato. La **posesión** se define así como el poder que el ordenamiento reconoce sobre las cosas a quien las tiene sujetas (*corpus*) a la acción de su voluntad (*animus*), reconocimiento legal que radica fundamentalmente en la protección que dispensa al poseedor por el hecho de serlo. Por ello mismo, se

sigue siendo poseedor aunque no se esté usando en un preciso momento de la cosa, o aun cuando otra persona, especialmente autorizada, –por ejemplo, un arrendatario– lo venga haciendo.

En esta dirección, la posesión se entiende como algo más que el simple uso y ese algo más es la distinta realidad que contempla: el derecho, el poder que yo tengo sobre una cosa no puede depender ni obligar a que lo utilice en todo instante; incluso podría poseer cosas de las que no estuviera facultado a usar, como de ordinario ocurre con el depositario o el acreedor al que se le ha dado algo en prenda.

Junto a la idea de estabilidad (la posesión es un estado), la posesión se caracteriza por un elemento subjetivo, si se prefiere, intelectual: quien posee lo hace con una especial voluntad, con la voluntad, siquiera implícita, de excluir a los demás. Justamente por ello, el usuario de un autobús de línea o el profesor que en sus clases escribe en la pizarra no serían poseedores, al no manifestar esa intención particular que la posesión exige.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con respecto al uso de las cosas, la posesión goza de plena recepción normativa. Dentro del género, dos categorías se distinguen: la **posesión en sentido estricto** y la **tenencia**. La diferencia fundamental se basa en el reconocimiento que el poseedor haga con respecto al derecho del dueño o de cualquier otra persona con un derecho superior al que se ejerce; si es así, el caso se reputa como tenencia.

EJEMPLO 2

Quien posee como propietario un bien es poseedor de primer grado, poseedor en sentido estricto. Tenedor es, en cambio, el arrendatario, el comodatario o el depositario.

2. LAS DISTINTAS VERTIENTES DE LA POSESIÓN

Introducida una noción básica en la materia, la posesión no puede comprenderse sin distinguir las tres vertientes desde las que cabe observarla como fenómeno.

En primer lugar, se habla del **hecho de la posesión** (*factum possessionis*) para aludir a que una cosa se halla en nuestra esfera de poder, se encuentra puesta a nuestra dispo-

sición. Téngase presente que la posesión, aun dotada de eminente juridicidad, depende para su constitución de un hecho voluntario como es la aprehensión, la ocupación de la cosa, o cuando menos la posibilidad de hacerlo libremente. Sin tomar la cosa de que se trate, sin que quepa someterla a nuestros intereses siquiera por un instante, no hay posesión de ningún tipo. Ahora bien, ello no significa que la aprehensión sea un acto de exclusiva ejecución personal; igualmente se prevé que la adquisición de la posesión, como su conservación, pueda llevarse a cabo mediante interposición de terceros, ya tenedores, ya representantes de quien haya de considerarse realmente poseedor.

A partir del mismo momento en que una persona adquiere la posesión de una cosa, a partir de que puede incidir voluntariamente sobre ella, surge el *ius possessionis* o **derecho de posesión**. Estamos ante un derecho subjetivo que deriva, como digo, del mismo hecho de la posesión; en otras palabras, su título de constitución es la propia situación fáctica de la posesión, sin tener otro motivo legitimador, ni importar el título, la causa o el modo por cuya virtud el poseedor haya arribado a su condición. Pero, una vez adquirido, el derecho de posesión no necesita del mismo hecho de la posesión para continuar existiendo. De esta manera, cabe tener derecho de posesión sin posesión, como pasa con la persona que haya sido violentamente despojada, quien puede defender la posesión que ya no tiene, y ello independientemente de que goce de un título formal o superior (por ejemplo, de propiedad) para mantenerse en la posesión.

Con lo anterior se comprende la esencia, el alcance exacto del derecho de posesión: el derecho de seguir en la posesión que se ostenta. El ordenamiento protege así el statu quo posesorio, sin reparar en que el poseedor sea propietario, precarista, ladrón o usurpador. Ante el despojo, ante la perturbación, se defenderá al poseedor, sin más, con ese solo presupuesto, habilitando un expediente especial, el interdictal, caracterizado por la agilidad de su procedimiento.

Precisiones

Como para la interposición de los interdictos se requiere que no haya transcurrido más de un año a partir del despojo que se discuta (cfr. arts. 1968.1.º del CC y 439.1 de la LEC), puede decirse que el *ius possessionis*, el derecho constituido por el mero hecho de poseer, se perdería, si se deja de accionar por ese lapso de tiempo. La medida se relaciona íntimamente con el artículo 460.4.º del CC, donde se establece que la posesión se perderá «por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año».

Finalmente, la tercera vertiente del fenómeno de la posesión constituye el *ius possidendi* o **derecho de/a poseer**. Aquí, el enfoque cambia, centrándose en el contenido típico del derecho, personal o real, pero siempre distinto al de posesión, que se alega para poseer; desde este punto de vista, la posesión se presenta como efecto y no como causa del derecho pretendido. Así, quien compra un inmueble tiene derecho a poseerlo, conforme resulta de la compraventa, facultad idéntica a la que le conferirá el dominio que adquiera cuando el bien se le entregue. La compraventa, primero, el dominio, después, serían sus respectivos títulos sustantivos para poseer. En ambos casos, la posesión reflejaría un atributo, pudiéndose solicitar, conservar o restablecer a través del juego de las acciones declarativas ordinarias. Con todo, entre el comprador al que todavía no se le hubiera hecho tradición y el propietario habría una importante diferencia: la posibilidad que tendría el segundo de impetrar la tutela de su posesión también por el trámite más ágil que representan los interdictos.

3. LOS FUNDAMENTOS POR LOS QUE SE PROTEGE LA POSESIÓN

3.1. LAS TEORÍAS PRINCIPALES EN LA MATERIA

Según lo que se termina de apuntar, habría que preguntarse: ¿por qué protege el ordenamiento al poseedor por su misma condición, sin pedirle la acreditación de otro título que el haber poseído o estar poseyendo (cfr. art. 446 del CC), y aun en contra de quien pueda tener un mejor título para poseer (*ex art. 441, párr. 2.º, del CC*)? ¿Por qué favorece la continuidad del estado posesorio mediante un procedimiento en cuyo seno se prohíbe tener en cuenta otra cosa que no sea la posesión? ¿Por qué admite que el usurpador pueda defender su posesión frente a eventuales ataques incluso de aquel al que despojó? En suma, ¿por qué reconoce un derecho subjetivo a partir del simple dato de la posesión?

Estas mismas cuestiones son las que aborda Ihering en su conocida monografía sobre el tema. Su respuesta podrá ubicarse en la posesión misma o en instituciones ajenas a ella, criterio este que le sirve al autor para clasificar las teorías acerca de la protección posesoria en absolutas o relativas.

Las **teorías absolutas** consideran, en general, que la posesión significa un bien en sí mismo, por tanto, necesitado de autónoma protección. Una de estas teorías, nos relata el propio Ihering, encuentra el fundamento jurídico de la posesión en la voluntad. La posesión es la voluntad en sí, el hecho, pues, por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, que debe ser reconocido y respetado por el Derecho sin examinar si es

útil o dañoso. La posesión, desde este prisma, sería tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son «sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad».

Frente a esta visión, las **teorías relativas** o heterónomas ponen énfasis en principios de índole superior, destacando dos opciones. En primer lugar, la sugerida por Savigny, quien advirtiera que la posesión se vendría a proteger para evitar la violencia privada, la justicia por mano propia. Es verdad que el ladrón, el usurpador no tendría derecho sobre la cosa pero también lo es que no podría justificar ello que el legítimo propietario pudiera arrebatársela por la fuerza, en la medida en que siendo toda violencia injusta, contra esta injusticia es contra la que se dirigiría el expediente especial de los interdictos. Por tanto, «cuando se ataca la posesión que tiene, hay en la posesión de la persona algo cambiado en su perjuicio, y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado».

La segunda de las concepciones relativas es la que el mismo Ihering hace suya. A su juicio, la posesión actuaría como imagen, bastión avanzado de la propiedad. Estaríamos ante un recurso especialmente destinado a la rápida y justa protección del dominio, dado que facilitaría la prueba del propietario, quien tan solo habría de acreditar su posesión, sin tener que pasar por los trámites y tiempos de la reivindicatoria o demás acciones ordinarias; si, a través de él, no obstante, se llega a favorecer, en algunos casos, a quien no sea propietario, ello lo sería como efecto colateral al propósito reseñado.

Precisiones

De no contar con este expediente, el propietario se vería doblemente perjudicado, pues al despojo se sumaría la sinrazón de tener que iniciar un juicio declarativo, con toda la carga probatoria y las dilaciones que le son propias. El ordenamiento no podría poner en plano de igualdad a despojante y despojado. Si lo hiciera, estaría favoreciendo, asimismo, el despojo, el actuar contra Derecho, pues ¿para qué habría de esperar quien se creyera con mejor derecho a poseer a que se resolviera sobre el asunto, si podría hacerse con la posesión por la fuerza? Como vemos, ambos fundamentos, tanto el de Savigny (mantenimiento de la paz posesoria, interdicción de la justicia por mano propia) como el de Ihering (conveniencia de una tutela anticipada para el derecho real normalmente subyacente) se hallarían íntimamente vinculados.

3.2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA POSESIÓN

Expuestas en sus líneas generales las corrientes habidas en torno a la protección posesoria, la acepción mayoritariamente admitida para nuestro Derecho bascula, indistintamente, entre las dos últimas detalladas. El mantenimiento de la paz social y la posesión como reflejo material del dominio –y por extensión, de los demás derechos reales que otorguen la facultad de detentar una cosa– serían sus principales fundamentos. Obsérvese, sin embargo, cómo ambos criterios, pese a su indudable incidencia, rebajan la importancia del evento posesorio, al supeditarlos a factores de gran calado pero extraños a su condición, desconociéndose, con ello, la innata función social del instituto. No quiere decirse que los postulados de orden público y «anticipación protectora» de los derechos reales no sean fundamentos de los que se deba prescindir; tan solo se pretende resaltar que junto a ellos hay algo más que de ningún modo puede omitirse.

En esta dirección, se debe recuperar el espíritu de aquellas teorías absolutas a las que se refería Ihering, en relación con la sustancial importancia económica de la posesión. En esta dirección, como entre nosotros habría defendido Hernández Gil, la posesión representaría «la institución jurídica de mayor densidad social», en cuanto expresa de manera primaria la proyección del sujeto hacia su entorno, constituyendo su función, precisamente, la de propender a las exigencias materiales del hombre. Explicada en estos términos, la posesión se trata de una realidad preexistente que el Derecho en todo caso habría de contemplar.

Precisiones

Como también habría exclamado Alonso Pérez, «dichosos los seres humanos en cuanto poseen, porque hasta el monje más desprendido de las cosas terrenas posee al menos los bienes precisos para subvenir sus necesidades, o el imposible *dominus* de Calcuta puede encontrar algo que poseer y, con ello, subsistir. La pequeña felicidad de los propietarios imposibles, pero poseedores ciertos, permite la sobrevivencia y la proyección hacia las cosas exteriores de su voluntad libre para señorearlas, aunque sea en pequeña medida».

Al contrario de lo que ocurre con la propiedad privada –enfaticaba Hernández Gil– que en variantes extremas de comunidad puede llegar a abolirse, la posesión aparecería en todo tipo de sociedad, fuera cual fuera el modelo legal o económico al que se ajustase. Aún más, la posesión vendría a cumplir en cada uno de esos modelos con una incontestable función de recomposición de los diversos intereses en presencia. Así, en un sistema con

una orientación capitalista, la posesión supondría el adecuado contrapunto a una propiedad despersonalizada, a la concentración excesiva de los recursos; aunque en los sistemas de esta clase, como es el caso del español, exista una clara tendencia a la espiritualización del fenómeno posesorio, aunque se prevea que se siga siendo poseedor pese a que otro se cuente detentando la materialmente la cosa (**tenedor**), el núcleo esencial de la posesión responde en ellos a un contacto directo con las cosas, principio económico de primer nivel que obligaría a proteger, en un primer plano, al simple detentador, fuera o no propietario.

Y a la inversa. En un sistema económico característico del socialismo, con un régimen encaminado a la colectivización de bienes y servicios, podrá restringirse, limitarse o prohibirse la propiedad de las cosas. Sin embargo, la posesión se impondrá para corregir el abuso, para poner, a su vez, límites a una desmedida estatalización; el dominio podrá no existir como institución especial o legalmente admitida, pero la posesión, con este u otro nombre, en absoluto puede suprimirse.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Teniendo en cuenta las tres acepciones del fenómeno posesorio, el problema de la naturaleza jurídica de la posesión únicamente se presenta en relación con el *ius possessionis*, el llamado **derecho de posesión**. El mero hecho de poseer, como acto material de detentación, será el elemento legitimador de ese derecho, y no puede ofrecer mayores problemas de definición, si se constatan, como aquí se ha realizado, los distintos fundamentos para su protección; a su vez, la posesión en cuanto facultad integrante de un derecho, el *ius possidendi*, caerá en el estudio de la figura concreta que corresponda (dominio, usufructo, arrendamiento, etc.), debiendo prescindirse ahora de ulteriores consideraciones.

Introducido de esta manera el fenómeno posesorio, no cabe duda de que por él se constatan tanto la inmediación como la absolutividad (oponibilidad) de los **derechos reales**. Con respecto a la primera de tales notas, podría decirse que no habría una hipótesis más clara de inmediación que la que la posesión representa en cuanto poder de hecho.

En cuanto a la absolutividad, esta resulta consustancial a todo el entramado posesorio. El poseedor se tutela mediante ese deber general de abstención propio de los derechos reales, en cuya virtud se admite y promociona que continúe poseyendo. Más particularmente, la oponibilidad de la posesión se verifica en la medida que quien haya sido despojado por la vía de hecho, tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión, sus sucesores universales y aun contra los sucesores particulares de mala fe; es decir, como los derechos reales, la posesión que se tuvo y se perdió injustamente puede oponerse frente a terceros.

El derecho de posesión cumpliría, por tanto, con los aspectos, interno y externo, típicos de los derechos reales. Pero tal afirmación no significa que carezca de **singularidades**. Puede decirse, incluso, que es el derecho real más especial de todos.

Para empezar, obsérvese que la posesión no entraría en ninguna de sus dos clases fundamentales; no se trataría de un derecho sobre cosa propia ni ajena. Si la posesión responde a un título cuyo contenido habilita a poseer (*ius possidendi*), será este el que determine la cualidad concreta del derecho; pero cuando se trata del derecho estricto de posesión (*ius possessionis*), el que deriva del mero hecho de poseer, como resulta de su esencia prescindir de la existencia o no de título que ampare la posesión, no compete ni interesa calificar el derecho de uno u otro modo. Solo se discutirá sobre la existencia legitimadora del hecho, así como las circunstancias que, como el despojo o el transcurso de un año desde que el despojo se hubiera producido, incidan sobre su permanencia.

En este orden de ideas, el derecho de posesión se erige como *un derecho interino, provisional*, en atención a que en su lucha con el derecho a poseer difícilmente podrá acabar imponiéndose. Pensemos, por ejemplo, en el propietario que despoje a quien estuviera en posesión de su finca; en una primera instancia, su título de propiedad no podrá garantizarle que sus expectativas triunfen en el interdicto que interponga el despojado. Sin embargo, será muy poco probable que el propietario no logre imponerse a resultados del procedimiento de reivindicación que más tarde iniciara. Es en ello en lo que consiste la provisionalidad del derecho real de posesión, su carácter claudicante, tal y como lo introducíamos en la Unidad didáctica 1.

Precisiones

En el supuesto, obsérvese que tanto el despojado como el propietario eran ambos poseedores, el hecho de la posesión se había cumplido en ambos; sin embargo, el despojado logra vencer por el interdicto. ¿Cómo es ello posible? Muy fácil. El despojado vence porque a través del interdicto ha de reprimirse la actuación injusta de quien, pese a gozar actualmente de la posesión, ha accedido a ella por la violencia contra el anterior poseedor que ahora le demanda. Por el contrario, si el nuevo poseedor hubiera logrado poseer la cosa por consentimiento otorgado por quien hubiera despojado, a su vez, a otra persona, el poseedor actual habría de conservar la posesión a resultados del procedimiento. En otras palabras: cuando se discute sobre el derecho de posesión, ha de vencer el poseedor actual salvo que haya inducido, provocado o coadyuvado al despojo de quien le demande; y aun, si es que hubiera sabido, al adquirir la posesión, del despojo.

Y para terminar, tampoco la posesión, dada su vivencia informal, su mutabilidad por el ágil cauce de los hechos, resulta apta para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es lo que quiere expresar el artículo 5 de la LH cuando establece que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles», más allá de que a través de su dicción pareciera admitirse a inscripción «el mero o simple derecho de poseer, de posesión», el cual se encontraría alcanzado igualmente por el precepto.

5. CLASES DE POSESIÓN

La posesión se clasifica en función de variadas circunstancias; los principales criterios legales y doctrinales son los siguientes:

5.1. POSESIÓN NATURAL Y POSESIÓN CIVIL

«**Poseción natural** es la tenencia de una cosa o el disfrute del derecho por una persona. **Poseción civil** es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos», establece el artículo 430 del CC. El punto de distinción, básico en toda esta materia, radicaría, pues, en la existencia de un elemento volitivo calificado como presupuesto para que la posesión sea civil. Se trata de la intención de tener la cosa exclusivamente para sí.

No es que para la posesión natural, para la tenencia no se requiera ningún *animus* o voluntad de tener la cosa. Lo que ocurre es que la presencia de un *animus* cualificado hace a la posesión civil. En este sentido, la expresión «intención de haber la cosa o derecho como suyos», el *animus rem sibi habendi* del que ya hablaban los romanos se trata de la voluntad, manifestada eso sí en el obrar, de tener la cosa como si se fuera propietario o titular de otro derecho real, se ostente o no un título de fondo que lo justifique. Por eso es tan poseedor civil el ladrón como el legítimo propietario. En cambio, quien tiene la cosa que le ha dejado otra persona, en régimen de comodato o más simplemente de precario, por ejemplo, ha de considerarse poseedor natural, tenedor, por cuanto en tanto se comporte en los límites de lo previsto, poseerá simplemente la cosa sin perjuicio del interés posesorio de quien se la haya dejado. El poseedor civil es la persona que posee «como titular del dominio u otro derecho real sobre el objeto detentado», lo sea o no, se dice así.

La distinción entre poseedor civil y poseedor natural carece de virtualidad en el ámbito de la protección posesoria por cuanto todo poseedor, aun tenedor o de segundo grado, dispone del juicio interdictal en su defensa. Donde, sin embargo, la distinción presenta toda su importancia es respecto de la usucapión, pues solo quien es poseedor

civil, poseedor de primer grado, puede usucapir, al igual que solo puede computarse a tales efectos el tiempo que se haya poseído en cuanto tal.

5.2. POSESIÓN EN CONCEPTO O NO DE DUEÑO

Dice el artículo 432 del CC que «la posesión de bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: **o en el de dueño**, o en el de **tenedor de la cosa o derecho para conservarlos y disfrutarlos**, perteneciendo el dominio a otra persona». Tal y como está redactado, parecería reproducir con distintas palabras la distinción entre posesión civil y natural del artículo 430 del CC. Y ello es cierto con respecto al poseedor en concepto de dueño que será indefectiblemente poseedor civil, pero no en relación con cualquier otro que tiene, posee la cosa con respecto al dominio que al otro pertenece, por cuanto existirían poseedores –por ejemplo, el usufructuario– que poseyendo en concepto distinto al de dueño no son necesariamente naturales. La distinción, en todo caso, dice la doctrina, se enlaza vivamente con la siguiente.

5.3. POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

Sin gozar de expresa recepción legislativa, aunque su base positiva puede encontrarse de uno u otro modo en los artículos 431 y 432 del CC, cuando hay una persona que posee a título de tenedor la cosa, reconociendo el dominio en otra persona, existen dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque no posea materialmente la cosa.

Con mayor abstracción, la **posesión inmediata** supone la detentación material de la cosa. Parecería, entonces, coincidir exactamente con la posesión natural o tenencia tal y como se ha definido aquí conforme al primer criterio clasificatorio, si no fuera por los casos en que el poseedor inmediato es poseedor civil, esto es, posee con base o creencia, y se comporta (como) ejercitando un derecho real *distinto al de dominio*.

EJEMPLO 3

Así, el usufructuario sería de ordinario poseedor, a la vez, civil e inmediato; civil por cuanto posee la cosa con base en un derecho real, o si careciera en realidad de ese título, como si existiera; e inmediato, porque frente al (nudo) propietario gozaría de la posesión material de la cosa, siempre, claro está, que no hubiese cedido el uso de la cosa a tercero, por ejemplo, en arrendamiento.

Correlativamente, la **posesión mediata** es la de aquel que ha conferido la detentación material de forma voluntaria a otro. Pero, al igual que ocurre con la falta de identificación entre posesión natural y posesión inmediata, la posesión civil es concepto absolutamente independiente del de poseedor mediato, pues es obvio que el poseedor civil para serlo no requiere haber conferido la detentación material de la cosa a otro.

EJEMPLO 4

El particular que vive en un piso de su propiedad es poseedor civil pero también inmediato.

5.4. POSESIÓN «PERSONAL» Y POSESIÓN «A TRAVÉS DE OTRO», «POR OTRA PERSONA»

El artículo 431 del CC dice que «la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que las tiene o disfruta o por otra en su nombre». Lo que el precepto quiere decir es que desde el punto de vista del ejercicio de la posesión, que no ya de su titularidad, podemos poseer por nosotros mismos o por otra persona que detenta la cosa para nosotros y en nuestro interés. Esta persona ejercitaría la posesión de otro, poseería «para otro». Poseedores de este tipo lo serían el **representante posesorio** y el **servidor de la posesión**, figuras ambas de las que nos ocupamos con mayor detalle en el epígrafe 6.1 de esta Unidad. No lo serían, en cambio, todos aquellos sujetos que poseen la cosa de otro pero que lo hacen «en su propio interés».

EJEMPLO 5

Por su falta de personal interés, por ejercer la posesión de otro, es por ello que el representante posesorio no puede considerarse poseedor inmediato, de la misma manera que la situación de un poseedor inmediato (por ejemplo, un usufructuario, arrendatario, etc.), no puede equipararse a la del padre que posee los bienes de sus hijos, por ejemplo. Posesión inmediata y posesión «para otro» –«en nombre ajeno» vendría a decir no muy correctamente el Código– resultarían, pues, dos conceptos distintos.

5.5. POSESIÓN DE BUENA O MALA FE

Según el artículo 433 del CC, «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide; se reputa poseedor de mala fe al que se haya en el caso contrario». Por su parte, el artículo 1.950 del CC, al ocuparse de la **buena fe** en la usucapión, establece que buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio. La buena fe se basaría, entonces, en el error, la ignorancia del vicio que la hace injusta; dicho en positivo, en la creencia de que no existe vicio.

En todo caso, la buena fe se presume, *iuris tantum*, por supuesto, correspondiendo a quien afirme la mala fe su prueba (art. 484 del CC). Por tanto, el que alega la mala fe ha de probarla.

Para que la posesión sea de buena fe no solo ha de existir al principio, ha de comenzarse a poseer de buena fe, si no que se trata de un estado que ha de mantenerse. La posesión deviene, así, de **mala fe** cuando se desvanece el error que sustentaba la buena fe, «desde el momento que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente» (art. 435 del CC).

La calificación de la posesión como de buena o mala fe se traduce en los hechos en la determinación de muy distintas reglas, mucho más onerosas para el poseedor de mala fe, en caso de que se tenga que restituir, en defecto de título (de fondo) que establezca un distinto estatuto, la cosa que se ha estado poseyendo. A la cuestión se alude en el epígrafe 10 de esta Unidad en cuanto a la necesaria liquidación del estado posesorio y ello conforme al artículo 451 y siguientes del CC.

Asimismo, aunque este efecto limitado a una sola clase de bienes, la regla del artículo 464 del CC por la cual «la posesión de cosas muebles equivale a título», solo puede beneficiar a quien creyó adquirir del legítimo propietario de la cosa; a quien sea, entonces, poseedor de buena fe.

Precisiones

En profundidad, sobre tal regla, véase el epígrafe 11 de esta Unidad.

5.6. POSESIÓN VICIOSA

Cuando la posesión es de mala fe, puede ser, además, viciosa. La posesión es **viciosa** –y por tanto, siempre de mala fe– cuando se ha adquirido contra la voluntad del anterior poseedor, por mediar violencia (incluyéndose en el concepto la fuerza en las cosas), clandestinidad o «abuso de confianza».

Precisiones

Civilmente, se dice que hay «abuso de confianza» cuando se quebranta un compromiso convencional o se infringe una obligación prevaleciendo de la situación creada por otros. En el plano estrictamente posesorio, dicese de quien deteniendo la cosa reconociendo el derecho de quien se la ha entregado o a quien debe restituirla, pasa a poseerla violentando el normal cauce de la relación, comportándose con negación del derecho de esa otra persona. Por ejemplo: el precarista que en un momento dado empieza a actuar, empieza a manifestarse como si fuera propietario, evitando cualquier acto de reconocimiento, de respeto en definitiva del derecho del dueño.

El carácter vicioso de la posesión se manifiesta en dos aspectos:

- En primer lugar, y como la posesión que se exige para usucapir se requiere pública y pacífica (cfr. art. 1.941 del CC), el poseedor vicioso, aunque poseedor civil –por haber arribado en contra de la voluntad del anterior propietario–, no podrá, sin embargo, usucapir hasta que no purgue el vicio de su posesión, algo que se entiende que ocurre:
 - Si la posesión es violenta, al cumplirse un año de posesión, que es justo el tiempo que tiene el poseedor despojado para presentar el correspondiente interdicto para recobrar la posesión; la posesión violenta solo dejaría de serlo así, solo se convertiría en pacífica, en cuanto la posibilidad de defensa interdictal hubiera precluido.
 - Si la posesión es clandestina, desde que se haga pública, ostensible, la conozca o no el anterior poseedor, el poseedor despojado.

Precisiones

Cuando se ha despojado al anterior poseedor operando «abuso de confianza» (tenedor que intervierte su concepto posesorio unilateralmente, por la sola fuerza de sus hechos), se entiende que no es necesario requisito alguno, purgar esta tercera clase de vicio posesorio. El plazo para usucapir —el propio para los poseedores de mala fe, evidentemente (seis años si la cosa es mueble; treinta, si es inmueble)— se contará desde que se compruebe que ha tenido lugar la interversión por su parte.

El tiempo, pues, en que la posesión sea viciosa no podrá tenerse en cuenta a los efectos de la usucapición, computándose los plazos para usucapir a partir de que hubiera dejado de ser violenta o clandestina, según fuera el caso.

- En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que para la determinación de quién haya de triunfar con motivo del ejercicio de los interdictos, no importa si se es de buena o mala fe, fijándose la atención en el modo, vicioso o no —y siempre con respecto a la contraparte— en que se haya adquirido la posesión. Con ello se alude al principio de relatividad, básico para la resolución del juicio interdictal, como veremos en el epígrafe 12.2 de esta Unidad.

Precisiones

Pero más allá de esto, no debe haber dudas: el poseedor vicioso, como poseedor que es, podrá recurrir en su defensa al interdicto, debiendo prosperar su acción contra el que a su vez eventualmente lo despoje.

5.7. POSESIÓN CIVILÍSIMA

Por virtud del artículo 440 del CC, el concepto de **posesión civilísima** alude a la ficción legal por la que se entiende que el heredero, por su misma condición de tal, adquiere la posesión de los bienes hereditarios desde la muerte del causante sin necesidad de tenerlos en su poder e incluso sin conocer de su existencia. Tal es la particularidad de la posesión civilísima.

Pero la previsión legal no implica que se adquiriera la posesión de los bienes hereditarios en todo caso sino que la persona del heredero sucederá en la misma posesión que tenía el causante. De modo que el heredero no se haría poseedor si el causante hubiera perdido tal condición al tiempo de su fallecimiento, aunque siempre podría, en las mismas condiciones que habría podido el *de cuius*, instar el pertinente juicio interdictal frente al despojo practicado contra el causante si todavía no hubiera transcurrido un año.

Precisiones

La finalidad de la posesión hereditaria no es otra que evitar un vacío en la posesión de los bienes de una herencia desde el momento del fallecimiento del causante hasta el de la aceptación por el heredero; se perfila como lógica consecuencia de la sucesión del heredero en la personalidad jurídico-patrimonial del *de cuius*. Pero la posesión hereditaria, por más que ficta, es posesión real, con todas las consecuencias propias de la posesión de que se trate (derecho a los frutos, usucapión, etc.), si bien supeditada a la aceptación de la herencia, de modo que, si acepta, el heredero gozará de ese mismo estatuto posesorio desde la apertura de la sucesión; mientras que si repudiada, se entiende que nunca poseyó.

En principio, el heredero sucederá en la misma posesión del causante, en su concepto y condiciones (civil o natural, mediata o inmediata, etc.). Sin embargo, y como surge del artículo 442 del CC, la mala fe del causante no conlleva la del heredero necesariamente, pues para ello deberá demostrarse que el heredero habría tenido propio conocimiento de la falta de derecho a la posesión transmitida, por tratarse la buena o mala fe de un estado de conciencia y, por tanto, de estricta valoración personal.

6. SITUACIONES NO POSESORIAS

Junto a las distintas modalidades de posesión referidas, en la práctica se destacan otras situaciones aparentemente posesorias que, en realidad, no lo son. Y no lo son por faltar en ellas el componente mínimo de voluntad, ese elemento intelectual de cierta exclusividad que la posesión requiere.

6.1. EL SERVICIO A LA POSESIÓN DE OTRO

La primera de estas situaciones viene expresada por los llamados **servidores o auxiliares de la posesión**, aquellos que detentan y usan las cosas pero conforme a las indicaciones, siquiera tácitas, que les haya dado algún otro sujeto. Es el caso de los empleados, dependientes y funcionarios, esas personas que para desarrollar eficazmente su labor necesitan de los utensilios, materiales y demás objetos puestos a su disposición por la empresa. El Código alemán se refiere a ellos en su párrafo 855. En tal sede se precisa que si alguien ejercitara por otro el poder efectivo sobre una cosa, en la casa o negocio de este o en una relación semejante, en cuya virtud haya de obedecer las instrucciones que le impartiera con respecto a la cosa, «solo el otro será poseedor».

Entre nosotros, la figura quedaría comprendida en el artículo 431 del CC, en la distinción ya comentada que establece entre la posesión personal o por otro que lo hace por el poseedor, aunque el precepto en puridad no se estaría fijando en la persona que detenta la cosa (que es a la que aquí al final nos estaríamos refiriendo) sino en aquella otra que sin tener la cosa en su poder efectivo sigue poseyendo a través de quien sí lo hace, pudiendo ser esta persona bien un representante posesorio bien un servidor de la posesión. Se hace, pues, imprescindible distinguir entre uno y otro.

Efectivamente, que el servidor de la posesión no sea en rigor poseedor no significa que no detente la cosa ni deje de querer hacerlo. El empleado que utiliza las herramientas de trabajo puestas a su disposición por la empresa, al usarlas, las detenta voluntariamente como el representante de la posesión. Sin embargo, del **representante de la posesión** —el padre con respecto a los bienes de sus hijos, el administrador de una sociedad mercantil, etc.— se diferencia en que este, el representante, tiene iniciativa, poder decisorio de posesión, se maneja con discrecionalidad, en síntesis, posee por sí mismo aunque sea para otro; y dado que representa a la persona del poseedor, hace sus veces, estando legitimado para iniciar, por tal razón, el procedimiento interdictal que corresponda.

Por el contrario, el **servidor de la posesión** carece de iniciativa, por lo que por sí mismo solo estaría legitimado para defender extrajudicialmente el hecho material de su detentación frente a eventuales ataques de terceros. Esta defensa, denominada extrajudicial, no podrá emplearse si no es con simultaneidad a la agresión, porque si el despojo hubiera logrado consumarse, el servidor no tendría otro recurso que hacérselo saber al poseedor, para que esté presente en su caso el interdicto de turno.

6.2. EL SIMPLE USO DE LAS COSAS

Al **simple uso de las cosas** ya se ha aludido para introducir esta Unidad didáctica. Cuando viajamos en un transporte público, nos bañamos en un río, transitamos por

la calle estamos utilizando todas estas cosas, tan distintas, sin el ánimo de excluir a los demás. En este sentido, en el género se pueden incluir el uso mediante prestación de servicios (como ocurre cuando contratamos un taxi), el uso común de los bienes del dominio público (a diferencia, como veremos a continuación, del que mediaría con cierta exclusividad previa la correspondiente licencia o concesión administrativa), o el uso de quienes carezcan de la capacidad mínima para poseer; esto último ayudaría a entender la relación del bebé con su chupete.

6.3. LA YUXTAPOSICIÓN LOCAL

La **yuxtaposición local** o **relación de lugar** es la tercera y última de las situaciones no posesorias. Aquí no hay ni siquiera uso de las cosas; las cosas se hallan al lado, puestas junto a una persona, la cual no las detenta ni utiliza; todavía más, tampoco quiere hacerlo. «El prisionero cubierto con cadenas, toca y ve sus cadenas; sabe que está sujeto por ellas; pero antes que decir que las posee, más bien cabe afirmar que las cadenas lo poseen a él» (Ihering).

En la relación de lugar, por tanto, se observa una circunstancia, un hecho que no reviste alcance posesorio con respecto al sujeto que se encuentra involucrado, sujeto que, por ese motivo, lógicamente, no tiene reconocida una especial defensa posesoria, aun extrajudicial, pues ¿quién va a reclamar frente a los ataques del exterior, cuando nada se pretende sobre la cosa?

7. EL OBJETO DE LA POSESIÓN

En relación con el objeto de la posesión, dos temas suscitan interés: la posibilidad de que no solo las cosas sino también los derechos puedan poseerse y el régimen al que ha de someterse la detentación de las cosas situadas fuera del tráfico jurídico.

Con respecto a la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que en origen, en su sustrato más elemental –social, podría decirse, trayendo a colación el fundamento defendido aquí sobre la institución–, la posesión solo es posible a partir de un hecho material como es la aprehensión, el tener a disposición la cosa, por lo que los derechos, que son bienes incorpóreos, no podrían poseerse. Los derechos, aun el *ius possessionis*, no se poseen, se ejercitan.

Sin embargo, el articulado del Código Civil alude constantemente a la «posesión de derechos»; estas claras referencias a una suerte de posesión impropia, cuasiposesión en la terminología más clásica, vienen a reconducirse, sin embargo, como alusivas a la posesión de una cosa –corporal, claro está– relacionada con un derecho real distinto al

de dominio. A tal conclusión se llega por virtud del artículo 437 del CC que, si bien es uno de esos artículos que parece admitir la posesión de derechos, limita la posibilidad en cuanto esos derechos deben ser «susceptibles de apropiación», algo que solo puede predicarse de las cosas, no siendo posible, por más que el artículo 438 del CC lo diga, que un derecho pueda adquirirse «ocupándolo».

Precisiones

«Atendiendo, pues, al significado institucional de la posesión y a la finalidad de la protección posesoria, "apropiación" no significa titularidad de un derecho subjetivo privado [como opina, por ejemplo, Lacruz], sino tenencia o disfrute material –físico–, que puede referirse a la entera cosa ("tenencia de una cosa", en la expresión del art. 430 del CC) o a ciertos y limitados goces de la misma ("disfrute de un derecho", en la terminología de dicho precepto). La referencia a los derechos como objeto de la posesión solo tiene sentido para asumir la posibilidad de defensa interdictal de la *quasi-possessio* de ciertos derechos reales limitados de goce (como el usufructo y ciertas servidumbres) y la consiguiente posibilidad de adquirirlos por usucapión, que fue el expediente de que se sirvió el Derecho romano tardío para admitir tanto aquella como esta» (De Pablo Contreras).

Dicho ello, quede claro que la posesión como tal puede adquirirse sin precisar de la ocupación material por el adquirente, como sucede en el caso de quien compra la finca dada en arrendamiento o en el supuesto paradigmático de los herederos con los requisitos de la posesión civilísima. Pero solo los bienes susceptibles de serlo, de ser ocupados por la fuerza de los hechos, de forma material, deben considerarse susceptibles de posesión, y no por un exceso de dogmatismo sino por todas las razones que hacen de la posesión lo que es.

En cuanto al segundo de los temas importantes que se plantean en relación con el objeto de la posesión, de la disciplina de la posesión han de excluirse las cosas que se encuentran fuera del comercio, por estar su venta o enajenación legalmente prohibidas. El ordenamiento no quiere –ni podría– reconocer derecho de posesión alguno sobre estos bienes.

No se encuentran fuera del comercio jurídico, al menos no del comercio jurídico público, los bienes del dominio público (camino, puentes, edificios públicos, etc.), siendo sobre ellos la posesión posible aunque con los lógicos condicionantes derivados. Se ha de distinguir, así, según se goce de un título específico de atribución, de un uso especial concedido por el órgano competente, o no. De tal modo que si se trata de lo que conviene en llamarse un uso común –por ejemplo, el pasar por una calle–, el usuario clara-

mente no puede considerarse poseedor. En cambio, cuando el sujeto que los utiliza goza de un cierto margen de exclusividad, por mediar la oportuna concesión administrativa, entonces sí correspondería su calificación como poseedor, permitiéndosele el trámite de la defensa interdictal aun contra la administración concedente si es que hubiera actuado contra él por la vía de hecho, procediera a despojado sin ajustarse a la legalidad.

8. COPOSESIÓN Y CONCURRENCIA POSESORIA

Hay **concurrencia posesoria** cuando sobre una misma cosa convergen distintos poseedores ejercitando un poder sobre ella de variado contenido. El poder, el interés con que esas personas deben emplearse ha de tener una fuente distinta, por lo que se comprende que no exista concurrencia en los casos de indivisión. Por el contrario, la **indivisión posesoria**, **posesión conjunta** o **coposesión** supone que los implicados manifiestan su voluntad de tener, usar y disfrutar de la cosa en común; a lo sumo, podría hablarse de concurrencia de poseedores, pero no de posesiones, pues, aunque ejercida por varios la posesión sería única.

Precisiones

De la coposesión son presupuestos:

- La unidad de objeto.
- La pluralidad de poseedores.
- La homogeneidad del poder de cada uno de los poseedores sobre la cosa; si no existe tal homogeneidad, si su posesión no tiene un mismo origen, una misma causa, se tratará de un caso de concurrencia posesoria y no de coposesión.
- La intención, manifestada en los hechos, no desvirtuada por estos, de tener la cosa en común; si no existe esa intención, se tratará de un caso de conflicto posesorio, en el que el poseedor actual excluya al resto, conflicto a resolver por la vía interdictal o la que fuere.

La norma básica sobre la coposesión se halla en el artículo 450 del CC, por el cual se entenderá que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común «ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere du-

.../...

.../...

rante todo el tiempo que duró la indivisión», añadiendo el precepto la regla, lógica en función de la existencia en el supuesto de una única posesión, de que «la interrupción de la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos».

Diferenciándose, pues, de la indivisión, la **concurrencia** no se trata de un fenómeno marginal en el ámbito de la posesión, pues es perfectamente posible que dos (o más) posesiones convivan sobre una cosa en tanto no exista conflicto, en función de los criterios de clasificación antes vistos. La concurrencia de posesiones se observa así en los casos en que sobre una misma cosa (unidad de objeto) conviven varias posesiones (pluralidad de poseedores) de distinta naturaleza o que incorporan facultades de ejercicio materialmente compatible (heterogeneidad del poder ejercido sobre la cosa). Así, dos posesiones de distinta naturaleza, por más que interdependientes serían las del arrendador y el arrendatario, mientras que dos posesiones de contenido fácticamente compatible serían la del usufructuario de una finca y la de quien se sirviera de ese mismo inmueble con motivo de una servidumbre.

Precisiones

Hay concurrencia posesoria, por tanto, cuando uno de los poseedores es inmediato (arrendatario, depositario, usufructuario), por disponer físicamente de la cosa, y mediató el otro (arrendador, depositante, nudo propietario), por poseer previa interposición de aquel; también, cuando la cosa sirve de asiento para el ejercicio de actos posesorios de contenido realizable sin perjuicio y a la vez (por ejemplo, usufructuario y titular de una servidumbre de paso).

Pero como puede ocurrir a partir de un estado de coposesión, no habría concurrencia posesoria si se entrara en **conflicto**, si alguno de los poseedores se comportara violentando la posesión de cualquiera de los otros. En efecto, si las posesiones que confluyen sobre la cosa tienen idéntica naturaleza, incorporan facultades incompatibles, no habría concurrencia sino conflicto en la medida en que esas posesiones se repelen recíprocamente debiendo dirimirse la cuestión a través del expediente judicial oportuno.

Precisiones

Por tanto, no podría hablarse de concurrencia cuando las posesiones se mostraran contradictorias. En este punto, recuérdense las distintas acepciones de la posesión; en su virtud, la posesión que se ostenta podría confluir, siquiera por un corto lapso de tiempo (el de un año), con otro derecho de posesión, el que conservara el poseedor anterior que hubiera sido despojado. Se plantearía, entonces, un conflicto no ya entre posesiones sino entre derechos posesorios sobre una misma cosa.

El artículo 445 del CC así lo establece afirmando que «la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión», y es que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre una misma cosa.

Precisiones

Dos posesiones con idéntico y simultáneo contenido sobre un bien no podrían, por principio, existir. Sin embargo, el artículo 445 del CC continúa estableciendo una serie de pautas de resolución para el caso, sin que en modo alguno pueda concluirse que el precepto esté ofreciendo un elenco de criterios para resolver los juicios posesorios con carácter general. Del supuesto excepcional del que se ocupa es de la posesión por varias personas de terrenos de cierta extensión y nunca delimitados llegado entre ellas el conflicto. Dos ejemplos pone Vallet para su mejor comprensión: «A» y «B», que pretenden ser poseedores exclusivos de un bosque, realizan por su propia cuenta hechos posesorios excluyentes; «C» y «D», que pretenden poseer individual y exclusivamente una pradera, llevan a pastar a ella sus ganados mostrando su oposición recíproca a compartir la posesión.

Entonces, cuando uno de los poseedores presente interdicto contra el otro, triunfará quien demuestre haber poseído desde antes, a no ser que no se pueda acreditar quién de los dos se haya anticipado, en cuyo caso se juzgará preferente el que tuviese derecho de poseer. Si ninguno de ellos tuviera un título para poseer diferente, obviamente, del de su posesión, el interdicto no serviría para dirimir el supuesto, constituyéndose «en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes».

9. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

9.1. ADQUISICIÓN

Establece el artículo 438 del CC que «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales para adquirir tal derecho».

La ocupación sería, pues, y entre todos, el medio adquisitivo de la posesión por excelencia. Se referiría, en primer lugar, a la **aprehensión material del cuerpo de las cosas**, a la detracción tratándose de bienes muebles o la entrada en los inmuebles; pero también, y ello es lo que quiere expresar el Código cuando alude a la «**sujeción de los bienes a la acción de nuestra voluntad**», a la posibilidad de ejercer actos posesorios sobre el bien. La ocupación, pues, podrá ser efectiva, como cuando nos llevamos el bien que hemos comprado en una tienda, al igual que potencial, como cuando se nos deja en la puerta de nuestra casa el periódico.

Para estos casos en que se hace llegar, se hace entrega de una cosa sin recibirla personalmente —ni el destinatario ni ninguna otra persona por él—, ubicándose la cosa en el círculo de natural actuación de nuestra voluntad, la posesión se habrá adquirido desde ese momento, y no en aquel en que la tengamos en nuestras manos, la ocupemos, la detentemos efectivamente. Pero tan ocupación será la una (**ocupación material**) como la otra (**ocupación potencial**).

Precisiones

En todo caso, la naturaleza de las cosas tendrá mucho que decir al respecto. El cazador se hace, así, poseedor de la caza, mantenía Ihering, «pero no del pañuelo que encuentra en su trampa, y de que yo adquiriera la posesión de las cosas inanimadas que han sido depositadas en el vestíbulo de mi casa no se sigue que yo adquiriera la del canario o del mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad natural por el mensajero que me los llevaba y que no encontró a quien entregarlos. La posición de la cosa, que debe proporcionarme la posesión, debe ser la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie». Para el mejor entendimiento del ejemplo del caso del canario o del mono, véase el artículo 465 del CC.

Un ejemplo tradicional de ocupación potencial, de adquisición de la posesión por quedar la cosa sujeta a nuestra voluntad, lo constituye la *traditio longa manu* que, en cuanto forma simbólica de tradición (como la entrega de las llaves del almacén donde se encuentren las mercancías objeto de la transacción), consiste en el señalamiento que hace en la distancia el vendedor al comprador del inmueble que se transmite. La cosa vendida se entenderá entregada desde que el acto tenga lugar y sin tener que esperar a que entre efectivamente en el bien el comprador, siempre, claro está, que la entrada en el bien sea posible, pues esta modalidad de tradición, como la efectiva, no podrá operar si, por ejemplo, un tercero, al momento del señalamiento, ocupara la finca impidiendo su entrada. La posibilidad de ejercer actos posesorios, de ocupar materialmente la cosa, se equipara a la ocupación material pero no hasta el punto de conferir la posesión que esta no podría conferir.

Lo anterior es algo que igualmente informa la tradición instrumental del artículo 1.462, del párrafo 2.º del CC y la tradición consensual del artículo 1.463 del CC en los términos que hemos visto en la Unidad didáctica precedente. Recuérdesse que ninguna de tales fórmulas podría desplegar su eficacia traslativa de la posesión, por más que tal fuera el deseo de las partes, si la cosa a la postre no estuviera siendo poseída al tiempo por quien actuara como transmitente.

Finalmente, entre esos «**otros actos propios y formalidades legales**» a los que alude el artículo 438 del CC, se habría de incluir la adquisición de la posesión civilísima. Como sabemos, el heredero sucederá en la misma posesión que tenía el causante por su misma condición de tal y en virtud de la ley, y ello aunque un tercero esté ocupando sin título el bien.

9.2. CONSERVACIÓN

Por principio, para conservar la posesión adquirida alcanza con la sola voluntad (*solo animo*) del poseedor. La posesión no se conservará, perdiéndose consecuentemente, si el poseedor renuncia en los hechos a poseer: así, haciendo tradición de la cosa no siendo solo con el objeto de transmitirle al *accipiens* la simple tenencia, o también haciendo abandono de la cosa, por ejemplo.

Junto a la voluntad contraria del poseedor, la posesión tampoco puede conservarse ante la imposibilidad física permanente de ejercer el poder de obrar sobre la cosa; por ejemplo, si el lugar en que la cosa se encuentra, viene a ser inaccesible, como cuando cayese en medio del océano y según el valor del bien y las técnicas conocidas resultara impracticable su búsqueda. Por el contrario, en tanto haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesión no ha de entenderse por perdida. El artículo 461 del CC así

lo contempla cuando establece que se mantendrá la posesión de las cosas muebles (obviamente, ya que las cosas inmuebles de suyo no pueden perderse), en tanto se encuentren en poder del poseedor y «aunque este ignore accidentalmente su paradero».

La imposibilidad de ejercer actos posesorios también se observa ante la obstrucción excluyente, ante hechos impeditivos de terceros, a saber, por mediar desposesión o despojo. Con la particularidad aquí, y frente a los casos anteriores, de que el derecho de posesión, el *ius possessionis*, no se pierde junto con la relación fáctica sobre la cosa, sino que se conserva durante el lapso de un año desde la usurpación con vistas al ejercicio de acciones posesorias.

Ya más propiamente en cuanto a la dinámica conservatoria de la posesión, y dado que la conservación encuentra sus límites en la continuidad volitiva del poseedor y la inexistencia de circunstancias o actos que puedan doblegar su intención, debe dejarse bien sentado que la posesión se conserva no solo por el poseedor mismo, sino por medio de otra persona, sea por medio de quien tenga la cosa «en su lugar» (representantes, servidores) sea a través de un poseedor inmediato.

9.3. PÉRDIDA

Lo dicho en torno a la conservación de la posesión facilita enormemente la comprensión de los supuestos en que se pierde, y es que ambas consecuencias se delimitan recíprocamente. En este sentido, pueden clasificarse los distintos motivos para la pérdida de la posesión según afecten al objeto que se posee, deriven de la voluntad contraria del poseedor o de la intervención (unilateral, intempestiva si se prefiere) de otra persona.

- Por causas relativas al **objeto**, la posesión se pierde, por mucho que se quiera mantener, ante un acontecimiento sobreviniente que, como la destrucción, muerte (tratándose de animales) o transformación conlleve la extinción absoluta de la cosa.
- La posesión, en segundo lugar, se pierde por **voluntad del poseedor**, ya sea de forma unilateral, a través del abandono que haga del bien, ya de forma bilateral, mediante la tradición que autorice de la cosa no siendo solo con el objeto de transmitir al *accipiens* la tenencia, una posesión de segundo grado sobre la cosa.
- En tercer y último lugar, por la **actuación de otra persona**, se pierde la posesión –que no, al menos inmediatamente, el derecho de posesión– cuando

esa persona arrebatada, adquiere la posesión de la cosa con violencia, clandestinidad o abuso de confianza. Cabe concluir, entonces, que perdiéndose la cosa en su posesión se pierde simultáneamente el derecho de posesión salvo que lo primero se produzca por vía de despojo. Ninguna acción de protección posesoria tendrá el poseedor por la pérdida de su condición si tal situación deriva de su propia voluntad o por circunstancias objetivas que le impidan continuar en ella.

EJEMPLO 6

Si «A» vende una cosa a «B» con aplazamiento del precio, «A» no podría interponer un interdicto contra «B» en caso de impago, pues «A» habría dejado voluntariamente de ser poseedor al hacer tradición de la cosa.

10. LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN EN GENERAL

Los efectos que la posesión trae consigo pueden clasificarse en un triple orden.

En primer lugar, y salvo el supuesto de los tenedores que no tienen un interés personal en el aprovechamiento económico de la cosa (por ejemplo, servidores de la posesión) o no estando facultados para ello se comportan dentro del límite por el que se le ha transferido (por ejemplo, depositario regular, acreedor prendario), la posesión conlleva **un estado de señorío material que se presta a usar o disfrutar de la cosa**.

Resulta evidente que cuando el poseedor se ajusta a los parámetros del título por el que ostenta la cosa o se le ha concedido legítimamente su posesión, será la regulación correspondiente (de arrendamiento, comodato, usufructo, etc.), con la repercusión de la autonomía de la voluntad que puede jugar según sea el caso, la que resuelva sobre las facultades que corresponden exactamente al poseedor y su alcance.

En cambio, allí donde nada se hubiera convenido, por ejemplo, por haber poseído sin título la finca de otro, en aquellos casos donde no exista un título específico que discipline el estatuto del poseedor, se aplicarían las reglas sobre la liquidación del estado posesorio que, recogidas en los artículos 451 a 458 del CC, parten del dato capital y muy acertado de la buena o mala fe del poseedor.

Tales preceptos atienden a la composición de intereses que implica el cambio de poseedor de una cosa por resolución o nulidad del título para poseer de quien hubiera estado detentando, con motivo de sentencia condenatoria en un proceso de reivindicación, etc. En estas ocasiones, el que vaya a dejar de poseer suele tratar de obtener un último rendimiento de la cosa, al tiempo de pretender cargar sobre su sucesor todos los gastos originados con motivo de su posesión, las mejoras realizadas en la cosa, etc. El criterio que emplea el Código se funda en la buena o mala fe del poseedor, sometiendo al de mala fe a un régimen mucho más gravoso. Así, el poseedor de buena fe no deberá reintegrar cantidad alguna por los frutos percibidos ni responder por los deterioros de la cosa que no haya provocado intencionalmente, mientras que el de mala fe deberá hacer entrega del valor estimado de los frutos recibidos así como responder de los deterioros sufridos por la cosa en todo caso y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente hubiera retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo (cfr. arts. 452, 453 y 457 del CC).

La posesión actúa, en segundo lugar, como **causa para la adquisición de la propiedad**. Pero esta función, íntimamente vinculada con la dinámica de las mutaciones jurídico-reales, y de ahí con el fundamento de nuestra disciplina, nunca la cumple sola, aun en las hipótesis de ocupación *stricto sensu*, esto es, de adquisición del dominio de las cosas que a nadie pertenecen (cfr. art. 610 del CC), donde, precisamente, la condición de *res nullius* opera como presupuesto para que la posesión conduzca al dominio. La afirmación se reproduce hasta paradójicamente ateniéndose a la máxima «posesión equivale a título» del artículo 464 del CC, adquisición legal que no depende exclusivamente de la posesión, sino también de la buena fe y la cualidad de no robadas o perdidas de las cosas muebles.

Donde, en cambio, la concurrencia con otras circunstancias se observa más claramente es con respecto a las transmisiones voluntarias entre vivos, signadas por la teoría del título y el modo, y a la usucapión, donde junto a la posesión civil se exige el transcurso de un cierto lapso de tiempo, variable según la buena o mala fe del usucapiente o la naturaleza, inmueble o mobiliaria, del bien.

En tercer y como bien sabemos, más importante lugar, la posesión incorpora la necesaria **protección del estado que representa la tutela del mismo estado posesorio**. Habiendo visto sus fundamentos, y dentro de ellos, la innegable proyección social del instituto, y destacado, más allá de la incuestionable proscripción de las vías de hecho, ese cierto favor que se respira en la legislación en torno a quien explota y capitaliza efectivamente los bienes, podemos decir ahora que la protección de la posesión no se concibe exclusivamente a partir del reconocimiento irrestricto de su defensa procesal. Y es que el tratamiento tuitivo no se limita en torno a acciones e interdictos; antes bien, el man-

tenimiento del *statu quo* posesorio se incentiva a través de un conjunto de disposiciones especialmente favorables al poseedor. La posesión civil se presume, así, en quien tenga la cosa en su poder mientras no se demuestre que lo hace en concepto de mera tenencia; se presume que se posee de buena fe, etc.

Precisiones

Las presunciones posesorias son los medios de los que se sirve la ley para facilitar la prueba en relación con determinados aspectos de difícil constatación en materia posesoria; así, ciertos presupuestos de carácter intelectual como la buena fe (art. 434 del CC) o la continuidad en el hecho de la posesión (art. 459 del CC), por ejemplo. Propenden, asimismo, en cuanto presunciones, a la tutela de la relación fáctica que se tiene sobre una cosa de modo que la carga de la prueba corresponda a quien no se encuentra inmerso en ella. Son presunciones, por tanto, relativas, que admiten siempre prueba en contrario.

11. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REGLA «POSESIÓN EQUIVALE A TÍTULO» EN MATERIA DE BIENES MUEBLES

La dinámica del dominio y de los derechos reales se asienta sobre un principio básico: nadie puede transferir a otro la titularidad de un derecho real que no tiene. Pero existe, como sabemos, una realidad de hecho contraria a tal principio que hace que el Derecho deba legitimar ciertas situaciones aparentes dotándolas de eficacia.

Este tipo de adquisiciones se ajusta a los siguientes presupuestos:

- Ha de tratarse, por lógica, de una adquisición procedente de un *non dominus*, de quien no es propietario.
- La adquisición debe realizarse a título oneroso.
- El adquirente ha de tener buena fe, desconocer que el transmitente no es propietario, que carece de poder de disposición.

Adquisiciones así, por tanto, serían las contempladas en los artículos 464 del CC y 34 de la LH. Como estamos en sede posesoria, solo nos interesa ahora el primero, por

cuanto la protección de quien adquiere un derecho a título oneroso de buena fe de quien figura como titular en el Registro de la Propiedad no radica en la apariencia de titularidad que confiere la posesión sino en lo manifestado en los libros registrales, que son públicos para todo aquel con interés legítimo en conocerlos.

En el ámbito mobiliario, pues, el artículo 464 del CC establece exactamente lo siguiente:

«La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio.»

EJEMPLO 7

El supuesto típico es el siguiente: «A» cede a «B» en depósito, comodato o arrendamiento un mueble. «B» vende a «C» ese mismo bien. Y «C», si nada supo ni razonablemente pudo saber de la relación previa, se convierte en propietario, sin perjuicio de las acciones personales –e incluso penales– que pueda ejercitar «A» frente a «B».

El precepto, en su último párrafo, nos remite al Código de Comercio (CCo), puntualmente a su artículo 85, a cuyo tenor «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente».

De la conjugación de ambas normas, surge, entonces, la siguiente doctrina:

- **El principio.** La posesión de cosas muebles adquirida de buena fe (y a título oneroso) equivale a título, es decir, quien posee en concepto de dueño una cosa mueble sin tener motivos para dudar de la validez del título por el que la haya adquirido se tiene por propietario igualmente.

En cuanto a los requisitos para quedar protegido, junto a la posesión, el artículo 464 del CC no se pronuncia sobre la necesaria *onerosidad* de la adquisición para que la adquisición del tercero resulte inatacable, aunque nuestra mejor doctrina viene a exigirlo igualmente (Lacruz, Albadalejo). Asimismo, la buena fe faltaría no solo cuando el adquirente supiera con certeza que el transmitente no era dueño (conociendo o no al verdadero); también cuando cualquier hombre medio hubiera podido dudar en iguales circunstancias de que no lo fuera; por ejemplo, al pretenderse vender, fuera de establecimiento público, una cosa por un precio muy inferior al del mercado.

- **La excepción.** No se admite el principio cuando la cosa, por más buena fe que tenga el poseedor, por más que no haya podido saber de esa su condición al tiempo de adquirirla, hubiera sido hurtada, robada o perdida, aun por persona distinta a quien se la hubiera transmitido.

EJEMPLO 8

Si «A» roba un anillo y se lo vende a «B», la buena fe de «B» no lo convertirá en propietario, al igual que sucede si «B» se lo vende a continuación a «C», quien tampoco podría llegar por su sola adquisición a propietario.

Precisiones

El artículo 464 del CC habla, junto al supuesto de pérdida –en que el dueño hubiera extraviado la cosa–, de privación ilegal, en cuanto el propietario parece que podría reivindicar la cosa siempre que hubiera sido privado ilegalmente de ella. El término es tan genérico que de no restringirse a los casos de robo o hurto, la regla acerca de que «posesión equivale a título» carecería de espacio lógico de aplicación. Todo sería privación o pérdida.

.../...

.../...

Lo que se entiende, en cambio, es que la norma protege a terceros en el caso de que medie lo que conviene en llamarse «abuso de confianza», supuesto que se manifiesta cuando quien actúa como aparente propietario, como transmitente en el acto cuyos efectos vendrían a convalidarse en favor del tercero, hubiera recibido la cosa voluntariamente, hubiera adquirido su posesión «legalmente», y luego, abusando de la posición de poder conferida sobre la cosa (invirtiendo el concepto, limitado, en que poseyera) la transmitiera pese a no encontrarse, como decimos, legitimado.

Todo gira, pues, en torno al primer desplazamiento del bien mueble, a su «puesta en circulación». Recibido por «B» con el concurso de la voluntad de «A», si este procede a una enajenación sobrepasando las facultades que le corresponden, «C», cumpliendo con los requisitos de onerosidad y buena fe, consolidará una adquisición, entonces, inatacable.

En el supuesto, pues, de que la cosa hubiera sido previamente hurtada, robada o perdida, esta condición objetiva se impondría sobre la subjetiva que significa la buena fe, el desconocimiento de esa condición por el adquirente. Consecuentemente, la cosa podrá ser reivindicada por el verdadero propietario, mientras que, claro está, no haya transcurrido el tiempo preciso para que el poseedor llegue a usucapir. Y es que el poseedor será propietario solo si llega a cumplir, porque no ha accionado contra él el legítimo propietario el lapso pertinente para usucapir.

Precisiones

Sobre la usucapión de los bienes muebles, aunque avancemos sobre las cuestiones de la Unidad didáctica siguiente, se hace preciso ya desde aquí remitirse al artículo 1.955 del CC, que establece:

«El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.

También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición.

.../...

.../...

En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código».

De este modo, quien haya adquirido de buena fe una cosa mueble robada o perdida, se hará propietario a los tres años de estar en su posesión, siendo de seis años el lapso preciso para que lo haga quien posea la cosa de mala fe, así sea el poseedor el mismo que la haya robado o hurtado, aunque para este se añade por el artículo 1.956 del CC, que no podrá usucapir en tanto no haya prescrito, indistintamente, el delito o la falta, su pena o la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o la falta.

- **La excepción a la excepción.** No obstante lo anterior, si la cosa robada o perdida se adquiere en una tienda o comercio abierto al público, la cosa se hace irreivindicable, y entonces, se vuelve al principio general. Aquí es donde el Código de Comercio se impondría sobre el Código Civil, pues si rigiera este, las cosas todavía serían reivindicables, a reserva de que el legítimo propietario privado ilegalmente de las cosas debiera restituir al demandado, al poseedor de buena fe, cuanto hubiera abonado en su momento para adquirirlas.

12. LA PROTECCIÓN POSESORIA

Como ya hemos visto, la cuestión de la protección posesoria es la de la posesión misma. Y es que el instituto de la posesión no puede entenderse sin preguntarnos por qué resulta protegido el mero hecho de la posesión con independencia de que se tenga un título de fondo, previamente constituido, para poseer; por qué se reconocería, en definitiva, un derecho subjetivo a partir del simple estado posesorio. Recordado ello, correspondería ahora la concreción del procedimiento interdictal, no sin antes referir, por su lógica, la posibilidad que tiene todo poseedor de repeler personalmente los ataques posesorios que pueda sufrir, y sin tampoco obviar si es posible admitir, como se ha propuesto, la acción publiciana, aquella acción reconocida en el Derecho romano como simil de la reivindicatoria a favor del poseedor (civil) no propietario pero en proceso de usucapir.

12.1. LA DEFENSA EXTRAJUDICIAL DE LA POSESIÓN

Por principio, y en primer lugar, no es propiamente una acción procesal sino un remedio estrictamente fáctico la que podríamos denominar **legítima defensa posesoria** o, más técnicamente, **defensa extrajudicial de la posesión**. Es verdad que el ordenamiento posesorio vetaría la justicia por mano propia, aunque no al extremo de obligar al que pretende ser despojado a comportarse con docilidad, a allanarse al mero intento material de desposesión. En el caso, pues, se permite su defensa por la vía de los hechos, siempre que sea simultánea o inmediata y de carácter proporcional a la agresión.

12.2. LA DEFENSA INTERDICTAL DE LA POSESIÓN

Fuera del caso anterior, la protección posesoria se confía a los jueces y tribunales (cfr. arts. 441 y 446 del CC), y no a la propia autoridad del poseedor, que no puede hacer valer su derecho por medio de vías de hecho.

En este sentido, los medios de defensa posesoria se hallan determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) a través del juicio verbal como procesos de carácter sumario. Exactamente, el artículo 250.1.4.º de la ley establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

Por tanto, cualquier poseedor, por el hecho de serlo, sea civil, natural, mediato o inmediato, etc. podrá acudir al expediente interdictal ante las turbaciones que sufra o su despojo. La (per)turbación o inquietación y el despojo o desposesión son, en tal sentido, las dos clases de ataques posesorios, y frente a ellos emergen las dos acciones posesorias por excelencia o interdictos: la acción de mantenimiento de la posesión o **interdicto de retener** y la acción de recuperación de la posesión o **interdicto de recobrar**.

Precisiones

Conviene, como en esta Unidad didáctica viene haciéndose, circunscribir el término interdictal al juicio previsto para la defensa del estado posesorio ante cualquiera de tales agresiones. En consecuencia, deben quedar excluidos de

.../...

.../...

tal denominación los juicios verbales en que se ventile sobre «la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca» (art. 250.1.2.º de la LEC) o «la pretensión de que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario» (art. 250.1.3.º de la LEC).

En el primer supuesto se contempla la llamada por Lacruz «acción de deshaucio en precario», la cual tiene por objeto pasivo un tipo de poseedor distinto del que lo es en los interdictos. En estos la acción se dirige contra el despojante o perturbador. En aquella, contra una persona cuya legitimación para la tenencia ha cesado por voluntad del concedente, al igual que sucede en el común deshaucio arrendaticio ante el vencimiento del plazo del arrendamiento. En principio, no se trata de acciones concurrentes: el interdicto requiere despojo o inquietación, actos positivos de oposición a una tenencia; el deshaucio se interpone contra quien estaba poseyendo, por tolerancia desde luego, pero en pacífico contacto con la cosa. La posesión del precarista, mientras no invierta con su actuar el concepto en que posee (y su mera negativa a devolver la cosa a quien se la dejó no lo es), es derivada (tenencia, posesión natural e inmediata), en tanto que la posesión del despojante no lo es en absoluto.

La falta de conflicto también se observa en el segundo supuesto, pues el heredero no podría servirse de la acción referida en el citado artículo 250.1.3.º de la LEC en tanto quien tenga los bienes los detente a título de dueño o usufructuario, en oposición por tanto a la pretensión del heredero. Se ha de decir, en este sentido, que si el heredero por el hecho de serlo habría de suceder en la posesión del causante, este particular cauce procesal estaría pensado para que se haga con la posesión material, efectiva de los bienes no habiendo mayor contradicción. Si la hubiera, lo que correspondería sería impetrar el interdicto de retener o recobrar oportuno, teniendo siempre en cuenta que, como el heredero se subroga en la misma posición jurídica del causante, no podría hacer uso del expediente interdictal si hubiera transcurrido un año desde la inquietación o desposesión efectuada contra el causante.

Exactamente, habrá **turbación** posesoria cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor. Si la exclusión es absoluta, esto es, incorpora la desposesión del poseedor siquiera sobre una parte de la cosa, la agresión debe calificarse como **despojo**, el cual, por tanto, puede definirse como el acto, a su vez posesorio, por el que se excluye al poseedor, de modo que este pierda la posesión de la cosa, total o parcialmente (por ejemplo, determinadas hectáreas de un terreno).

EJEMPLO 9

Son ejemplos de turbación posesoria, así, el aprovechamiento de un pozo de agua situado en el fundo vecino o el pastoreo de animales, en ambos casos, por supuesto, sin autorización del dueño del fundo; hay despojo, en cambio, porque hay desposesión, en el supuesto de que se invada un terreno colindante con motivo de la construcción que ha empezado a levantarse en la finca del vecino.

Turbación y despojo, en cuanto atentados posesorios, para serlo deben, a su vez, implicar actos posesorios sobre la misma cosa poseída por otro. La entrada en un predio rural, por ejemplo, para robar algunos muebles o para dañar sus cultivos, no son ataques de índole posesoria con respecto al inmueble (sí, en el primer caso, con respecto a las cosas que lleguen a sustraerse), por lo que el interdictal no sería el cauce de reacción idóneo, a diferencia del penal o civil de resarcimiento que corresponda.

En su apreciación, el despojo se muestra bastante claro. Con respecto a las turbaciones, en cambio, al no provocar de suyo la desposesión del violentado, su índole posesoria se hace más difícil de comprobar. Desde luego, no habría turbación frente a simples palabras o amenazas, aun de Derecho, como la que representaría el aviso de que si no desaloja el bien se procederá judicialmente contra el poseedor, aunque sí frente a amenazas concretadas materialmente o en los hechos (por ejemplo, intentos de despojo frustrados por la misma resistencia del poseedor). También contra exclusiones, no ya parciales, sino relativas, o si se prefiere, concurrentes con la actual posesión; el caso, por ejemplo, del sujeto que pasa constantemente por la finca colindante.

Pues bien, frente a una u otra clase de agresiones, el juicio interdictal quedará supeditado a los criterios tanto de ordenación como de resolución que a continuación se citan:

- **Legitimación activa.** A tenor del artículo 446 del CC, la legitimación activa es sumamente amplia, se concede «a todo poseedor», aunque sea clandestino o violento, y ello tanto frente a terceros como frente al poseedor que sufrió la violencia o clandestinidad, si este en lugar de acudir a los medios judiciales para la protección de su situación posesoria hubiera optado por emplear la vía de hecho contra el demandante.

No es necesario que la posesión del actor haya durado un año, ni contar en el caso del poseedor inmediato (por ejemplo, arrendatario) con el consenti-

miento del poseedor mediato (arrendador) ni, en el supuesto de coposesión, del resto de poseedores, siendo por supuesto posible que tanto el poseedor inmediato como el coposeedor interpongan el interdicto contra el poseedor mediato o cualquier otro de los coposeedores si fuera el causante del despojo o inquietación.

- **Legitimación pasiva.** La acción se dirigirá contra quien perturbe al poseedor con ánimo de poseer o quien lo haya despojado que continúe en posesión de la cosa, admitiéndose excepcionalmente contra el tercero que haya adquirido del despojante la cosa durante el año inmediato posterior y con conocimiento (que habrá de probar el actor) del despojo que se hubiera llevado a cabo.

Precisiones

Contra el despojante que ha dejado de poseer al tiempo de presentar el interdicto, ya no procederá este sino la pertinente acción resarcitoria, por daños y perjuicios.

- **Anualidad.** Solo se puede accionar por vía interdictal si no ha pasado un año desde la turbación o el despojo, en suma, si todavía se encuentra vigente el *ius possessionis*.
- **Estricta tasación del objeto de conocimiento.** En el proceso interdictal solo se resolverá a partir del mero derecho de posesión, del *ius possessionis*, para lo cual indefectiblemente se habrá de tener en cuenta el modo y la manera en que se ha llegado a poseer —y poseído— en los hechos, a saber: las cualidades atinentes al *factum possessionis*. La posesión, se dice así, nada tiene de común con el derecho de poseer, siendo inútil en el juicio posesorio o interdictal la prueba del derecho de poseer por parte del demandante o demandado.

En cuanto consecuencia primordial, como no puede entrarse a valorar quién de los implicados tiene mejor derecho a poseer, en esta instancia debe eludirse alegar, presentar el título en que el interesado pudiera basar su derecho de fondo.

- **Relatividad.** El carácter vicioso de un poseedor solo podrá dirimir un conflicto interdictal si el que acciona contra él es el poseedor frente al que el

demandado se ha empleado con violencia, clandestinidad o abuso de confianza (como sabemos, esto último, se da cuando, por ejemplo, el depositario, el arrendatario, el comodatario invierte su título al comportarse como si fuera el propietario).

Con todo, se hace salvedad, reiterando la idea de que nuestra jurisprudencia menor (ámbito propio donde se conoce de estos asuntos) ha extendido la legitimación pasiva a aquel que haya adquirido en el lapso de un año del despojo siendo conocedor del acto de despojo previamente realizado por su transmitente.

En suma, en caso de despojo, cuando se discute sobre el derecho de posesión vencerá el último poseedor salvo que haya provocado, participado o coadyuvado, aun *ex post*, en el despojo sufrido por el demandante.

- **Interdependencia entre (juicio) posesorio y (juicio) petitorio.** Presentada la acción interdictal, quedará en todo caso abierta la vía del petitorio (del procedimiento no posesorio que corresponda, de las acciones declarativas sean reales o personales que incumban; cfr. art. 447.2 de la LEC). Por tanto, quien tuviere derecho de poseer y fuere perturbado o despojado en su posesión puede intentar la acción real que le competa, o servirse de la vía interdictal, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si intentase la acción real, perderá el derecho al interdicto, pero si usare primero del interdicto podrá presentar después la oportuna acción real.
- **Fallo.** La sentencia que estime el interdicto presentado condenará, si es de retener, al perturbador a que se abstenga de realizar en adelante actos similares al que motivara el juicio, y ello con los debidos apercibimientos; si es de recobrar, además, obligará al demandado a reponer al actor en la posesión del bien. A la pretensión estrictamente posesoria podría vincularse en la demanda la accesorio concerniente al valor de los frutos o la indemnización por los deterioros que pudieran haberse causado, algo que permite el artículo 438.3.1.^a de la LEC siempre que tales conceptos no superen la cuantía en que procede el juicio verbal. Sin embargo, parece algo muy poco práctico si lo que pretende es que se restituya el bien lo antes posible.

La desestimación de la demanda no producirá cambio alguno en la situación posesoria previa a la interposición del interdicto, pudiendo el actor hacer valer su mejor derecho a poseer, como sabemos, a través de la acción, ya no meramente posesoria, que considere oportuna.

12.3. LA ACCIÓN PUBLICIANA

Como el poseedor que, sin ser propietario o titular de otro derecho real, haya sido despojado sin interponer el pertinente interdicto en el plazo de un año carece de ulterior acción contra el despojante, importantes autores y cierta jurisprudencia han querido rescatar, por razón de equidad, la antigua acción publiciana de los romanos.

La publiciana fue una acción que el pretor Publicio, de ahí su nombre, ideó para proteger al poseedor *ad usucapionem* (poseedor civil y de buena fe) como si fuera propietario aunque todavía no hubiera completado el tiempo para usucapir. A través de ella se defendía, por tanto, la propiedad bonitaria, esto es, la situación de quien habiendo comprado y recibido la cosa del legítimo propietario no se había convertido en propietario por no haberse cumplido con el rito, la formalidad prevista para ser propietario según el Derecho estricto o, pese a haberse cumplido con ella, por no ser quien se la hubiera transmitido en verdad su propietario. La acción publiciana solo cedía si quien tuviera la cosa fuera el legítimo propietario y no fuera este quien se la hubiera vendido.

Pues bien, a partir de sus antecedentes, la acción publiciana perdería todo su sentido allí donde la propiedad sea una, donde no encuentre un doble reconocimiento según se haya cumplido con todos los presupuestos para su adquisición o falte alguno de ellos. Y en este sentido, la propiedad en nuestro sistema se adquiere de cualquiera de los modos que conocemos, y entre ellos por usucapión, pero sin que, por más título y buena fe que se tenga, pueda imponerse el poseedor como propietario antes de cumplir el lapso temporal fijado para serlo. De modo que si es despojado y pierde la posibilidad de impetrar la defensa interdictal, por poco que le quedara para usucapir, no podrá anticiparse en su favor la protección que confiere la propiedad. Con otras palabras por más tiempo que se llevara poseyendo un bien, antes de usucapir, no se tendría por ese solo mero hecho un mejor «derecho a poseer» que quien llevando mucho menos tiempo en el bien careciera igualmente de título y tampoco fuera propietario.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La **posesión** se define como el poder que el ordenamiento reconoce sobre las cosas a quien las tiene sometidas (*corpus*) a la acción de su voluntad (*animus*), reconocimiento legal que radica fundamentalmente en la protección que dispensa al poseedor por el hecho de serlo.
- En cuanto fenómeno jurídico esencial, cuando en Derecho se habla de posesión debe matizarse en función de una triple vertiente para su análisis:
 - En primer lugar, se habla del **hecho de la posesión** (*factum possessionis*) para aludir a que una cosa se halla en nuestra esfera de poder, se encuentra puesta a nuestra disposición.
 - A partir del mismo momento en que una persona adquiere la posesión de una cosa, de que puede incidir voluntariamente sobre ella, surge el *ius possessionis* o **derecho de posesión**. Estamos ante un derecho subjetivo que deriva, como se dice, del mismo hecho de la posesión; en otras palabras, su título de constitución es la propia situación fáctica de la posesión, sin tener otro motivo legitimador, ni importar el título, la causa o el modo por cuya virtud el poseedor haya arribado a su condición. Pero, una vez adquirido, el derecho de posesión no necesita del mismo hecho de la posesión para continuar existiendo. De esta manera, cabe tener derecho de posesión sin posesión, como pasa con la persona que haya sido violentamente despojada, quien puede defender la posesión que ya no tiene, y ello independientemente de que goce de un título formal o superior (por ejemplo, de propiedad) para mantenerse en la posesión.
 - Finalmente, la tercera vertiente del fenómeno de la posesión constituye el *ius possidendi* o **derecho de/a poseer**. Aquí, el enfoque cambia, centrándose en el contenido típico del derecho, personal o real, pero siempre distinto al de posesión, que se alega para poseer; desde este punto de vista, la posesión se presenta como efecto y no como causa del derecho pretendido.
- La grandeza de la posesión como institución reside en que el ordenamiento protege al poseedor por su misma condición, sin pedirle la acreditación de otro título que el haber poseído o estar poseyendo, y aun en contra de quien

pueda tener un mejor título para poseer. El ordenamiento reconoce el derecho a seguir poseyendo, en aras de mantener la paz social, y para evitar legitimar el uso privado de la fuerza (por ejemplo, del propietario frente al usurpador). También lo hace porque considera que la posesión supone normalmente el reflejo material del dominio —y por extensión, de los demás derechos reales que otorguen la facultad de detentar una cosa—. Y en tercer pero fundamental lugar, protege la posesión por la sustancial importancia económica que presenta para la satisfacción de las necesidades materiales del hombre.

- El problema de la naturaleza jurídica de la posesión únicamente se presenta en relación con el *ius possessionis*. Se trata, no cabe duda, de un **derecho real**, por cumplir con las notas características del género. El derecho de posesión cumpliría, por tanto, con los aspectos, interno y externo, típicos de los derechos reales. Pero tal afirmación no significa que carezca de singularidades. Puede decirse, incluso, que es el derecho real más especial de todos: así no se trataría de un derecho sobre cosa propia ni ajena; emergería como derecho interino o provisional en atención a que en su lucha con el derecho a poseer difícilmente podrá acabar imponiéndose fuera del expediente interdictal; sería el único que podría adquirirse por violencia, por la fuerza de los hechos, etc.
- La posesión se clasifica en función de variadas circunstancias; los principales criterios legales y doctrinales son los siguientes:
 - **Posesión natural y posesión civil.** «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute del derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos», establece el artículo 430 del CC. El punto de distinción, básico en toda esta materia, radicaría, pues, en la existencia de un elemento volitivo calificado como presupuesto para que la posesión sea civil. Se trata de la intención de tener la cosa exclusivamente para sí. No es que para la posesión natural, para la tenencia no se requiera ningún *animus* o voluntad de tener la cosa. Lo que ocurre es que la presencia de un *animus* cualificado hace a la posesión civil. En este sentido, la expresión «intención de haber la cosa o derecho como suyos» se trata de la voluntad, manifestada eso sí en el obrar, de tener la cosa como si se fuera propietario o titular de otro derecho real, se ostente o no un título de fondo que lo justifique. Por eso es tan poseedor civil el ladrón como el legítimo propietario. En cambio, quien tiene la cosa que le ha dejado otra persona, en régimen de comodato o más simplemente de precario, por ejem-

plo, ha de considerarse poseedor natural, tenedor, por cuanto en tanto se comporte en los límites de lo previsto, poseerá simplemente de la cosa sin perjuicio del interés posesorio de quien se la ha dejado. El poseedor civil es la persona que posee «como titular del dominio u otro derecho real sobre el objeto detentado», lo sea o no.

La distinción entre poseedor civil y poseedor natural carece de virtualidad en el ámbito de la protección posesoria por cuanto todo poseedor, aun tenedor o de segundo grado, dispone del juicio interdictal en su defensa. Donde, sin embargo, la distinción presenta toda su importancia es respecto de la usucapición, pues quien solo es poseedor civil, poseedor de primer grado, puede usucapir, al igual que solo puede computarse a tales efectos el tiempo que se haya poseído en cuanto tal.

- **Posesión en concepto o no de dueño.** Dice el artículo 432 del CC que «la posesión de bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos y disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona». Tal y como está redactado, parecería reproducir con distintas palabras la distinción entre posesión civil y natural. Y ello es cierto con respecto al poseedor en concepto de dueño que es indefectiblemente poseedor civil, pero no en relación con cualquier otro que tiene, posee la cosa con respecto al dominio que a otro pertenece, por cuanto existirían poseedores –por ejemplo, el usufructuario– que poseyendo en concepto distinto al de dueño no son necesariamente naturales.
- **Posesión mediata e inmediata.** La posesión inmediata supone la detentación material de la cosa. Parecería, entonces, coincidir exactamente con la posesión natural o tenencia, si no fuera por los casos en que el poseedor inmediato es poseedor civil, esto es, posee con base o creencia, se comporta (como) ejercitando un derecho real distinto al de dominio. Correlativamente, la posesión mediata es la de que aquel que ha conferido la detentación material de forma voluntaria a otro.
- **Posesión «personal» y posesión «a través de otro».** El artículo 431 del CC dice que «la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que las tiene o disfruta o por otra en su nombre». Lo que el precepto quiere decir es que desde el punto de vista del ejercicio de la posesión, que no ya de su titularidad, podemos poseer por nosotros mismos o por otra persona que detenta la cosa para nosotros y en nuestro interés. Esta persona ejercitaría la posesión de otro, poseería «para otro». Poseedores de este tipo lo serían el representante

posesorio y el servidor de la posesión. No lo serían, en cambio, todos aquellos sujetos que poseen la cosa de otro pero que lo hacen «en su propio interés».

- **Posesión de buena o mala fe.** Según el artículo 433 del CC, «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide; se reputa poseedor de mala fe al que se haya en el caso contrario». La buena fe se basaría, entonces, en el error, la ignorancia del vicio que la hace injusta; dicho en positivo, en la creencia en que no existe vicio. En todo caso, la buena fe se presume, *iuris tantum*, por supuesto, correspondiendo a quien afirme la mala fe su prueba. Por tanto, el que alega la mala fe ha de probarla.

La calificación de la posesión como de buena o mala fe se traduce en los hechos en la determinación de muy distintas reglas, mucho más onerosas para el poseedor de mala fe, en caso de que se tenga que restituir, en defecto de título (de fondo) que establezca un distinto estatuto, la cosa que se ha estado poseyendo. Asimismo, aunque este efecto limitado a una sola clase de bienes, la regla del artículo 464 del CC por la cual «la posesión de cosas muebles equivale a título», solo puede beneficiar a quien creyó adquirir del legítimo propietario de la cosa; a quien sea, entonces, poseedor de buena fe.

- **Posesión viciosa.** La posesión es viciosa –y por tanto, siempre de mala fe– cuando se ha adquirido contra la voluntad del anterior poseedor, por mediar violencia (incluyéndose en el concepto la fuerza en las cosas), clandestinidad o «abuso de confianza».

El carácter vicioso de la posesión se manifiesta en dos aspectos:

- En primer lugar, y como la posesión que se exige para usucapir se requiere pública y pacífica, el poseedor vicioso, aunque poseedor civil –por haber arribado en contra de la voluntad del anterior propietario–, no podrá, sin embargo, usucapir hasta que no purgue el vicio de su posesión.
- En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que para la determinación de quién haya de triunfar con motivo del ejercicio de los interdictos, no importa si se es de buena o mala fe, fijándose la atención en el modo, vicioso o no –y siempre con respecto a la contraparte– en que haya adquirido la posesión. Con ello se alude al principio de relatividad, básico para la resolución del juicio interdictal.

- **Posesión civilísima.** La posesión civilísima alude a la ficción legal por la que se entiende que el heredero, por su misma condición de tal, adquiere la posesión de los bienes hereditarios desde la muerte del causante sin necesidad de tenerlos en su poder e incluso sin conocer de su existencia.
- Junto a las distintas modalidades de posesión referidas, en la práctica se destacan otras situaciones aparentemente posesorias que, en realidad, no lo son. Y no lo son por faltar en ellas el componente mínimo de voluntad, ese elemento intelectual de cierta exclusividad que la posesión requiere:
 - La primera de estas situaciones viene expresada por los llamados **servidores o auxiliares de la posesión**, aquellos que detentan y usan las cosas pero conforme a las indicaciones, siquiera tácitas, que les haya dado algún otro sujeto. Es el caso de los empleados, dependientes y funcionarios, esas personas que para desarrollar eficazmente su labor necesitan de los utensilios, materiales y demás objetos puestos a su disposición por la empresa.
 - La segunda situación no posesoria estaría representada por el **simple uso de las cosas**. El uso reside en el aprovechamiento directo de las cosas. El término alude a la circunstancia inmediata por la que las cosas se reditúan, se emplean, al objeto de cumplir con alguna de sus finalidades prácticas o económicas. Pero no por usar de las cosas somos poseedores, no al menos cuando falta ese elemento de mínima exclusión (o exclusividad) por nuestra parte y que hace a la posesión.
 - La **yuxtaposición local o relación de lugar** es la tercera y última de las situaciones no posesorias. Aquí no hay ni siquiera uso de las cosas; las cosas se hallan al lado, puestas junto a una persona, la cual no las detenta ni utiliza; todavía más, tampoco quiere hacerlo.
- Los efectos que la posesión trae consigo pueden clasificarse en un triple orden:
 - En primer lugar, y salvo el supuesto de los tenedores que no tienen un interés personal en el aprovechamiento económico de la cosa (por ejemplo, servidores de la posesión) o no estando facultados para ello se comportan dentro del límite por el que se le ha transferido (por ejemplo, depositario regular, acreedor prendario), la posesión conlleva un **estado de señorío material que se presta a usar o disfrutar de la cosa**. En atención a ello, y en previsión de conflictos posesorios

entre personas que nada hayan convenido entre ellas, el Código Civil incorpora una serie de reglas sobre la liquidación del estado posesorio (arts. 451 a 458 del CC). Tales preceptos atienden a la composición de intereses que implica el cambio de poseedor de una cosa por resolución o nulidad del título para poseer de quien hubiera estado deteniendo, con motivo de sentencia condenatoria en un proceso de reivindicación, etc. En estas ocasiones, el que vaya a dejar de poseer suele tratar de obtener un último rendimiento de la cosa, al tiempo de pretender cargar sobre su sucesor todos los gastos originados con motivo de su posesión, las mejoras realizadas en la cosa, etc. El criterio que emplea el Código se funda en la buena o mala fe del poseedor, sometiendo al de mala fe a un régimen mucho más gravoso.

- La posesión actúa, en segundo lugar, como **causa para la adquisición de la propiedad**. Pero esta función, íntimamente vinculada con la dinámica de las mutaciones jurídico-reales, y de ahí con el fundamento de nuestra disciplina, nunca la cumple sola, aun en las hipótesis de ocupación stricto sensu, esto es, de adquisición del dominio de las cosas que a nadie pertenecen, donde, precisamente, la condición de *res nullius* opera como presupuesto para que la posesión conduzca al dominio. La afirmación se reproduce hasta paradójicamente ateniéndose a la máxima «posesión equivale a título» del artículo 464 del CC, adquisición legal que no depende exclusivamente de la posesión, sino también de la buena fe y la cualidad de no robadas o perdidas de las cosas muebles. Respecto de la usucapión puede concluirse lo mismo, ya que junto a la posesión civil se exige el transcurso de un cierto lapso de tiempo, variable según la buena o mala fe del usucapiente o la naturaleza, inmueble o mobiliaria, del bien.
- En tercer y, como bien sabemos, más importante lugar, la posesión incorpora la necesaria **protección del estado que representa, la tutela del mismo estado posesorio**.
- La dinámica del dominio y de los derechos reales se asienta sobre un presupuesto básico: nadie puede transferir a otro la titularidad de un derecho real que no tiene (legitimación). Pero existe, como sabemos, una realidad de hecho contraria a tal principio que hace que el Derecho deba legitimar ciertas situaciones aparentes dotándole de eficacia. En el ámbito mobiliario, es el artículo 464 del CC el que cumple con ese cometido, en su conjugación con el artículo 85 del CCo. En su virtud, el principio consiste en la posesión de cosas muebles adquirida de buena fe (y a título oneroso) equi-

vale a título, es decir, quien posee en concepto de dueño una cosa mueble sin tener motivos para dudar de la validez del título por el que la haya adquirido se tiene por propietario igualmente.

En cuanto a los requisitos para quedar protegido, junto a la posesión, el artículo 464 del CC no se pronuncia sobre la necesaria onerosidad de la adquisición para que la adquisición del tercero resulte inatacable, aunque nuestra mejor doctrina viene a exigirlo igualmente. Asimismo, la buena fe faltaría no solo cuando el adquirente supiera con certeza que el transmitente no era dueño (conociendo o no al verdadero); también cuando cualquier hombre medio hubiera podido dudar en iguales circunstancias de que no lo fuera; por ejemplo, por pretender vender, fuera de establecimiento público, una cosa por un precio muy inferior al del mercado.

El principio cuenta con una excepción en el supuesto de que la cosa hubiera sido previamente hurtada, robada o perdida, condición objetiva que se impondría sobre la subjetiva que significaría la buena fe del poseedor, el desconocimiento de esa condición por el adquirente. Consecuentemente, la cosa podrá ser reivindicada por el verdadero propietario, mientras que no haya transcurrido el tiempo preciso para que el poseedor llegue a usucapir. Y es que el poseedor será propietario solo si llega a cumplir, porque no ha accionado contra él el legítimo propietario el lapso pertinente para usucapir.

No obstante lo anterior, y como excepción a la excepción, si la cosa robada o perdida se adquiere en una tienda o comercio abierto al público, la cosa se hace irreivindicable, y entonces, se vuelve al principio general.

- Fuera del limitado ámbito que se reconoce a la legítima defensa posesoria (siempre proporcionada e inmediata al ataque posesorio de que se trate), la protección posesoria es monopolio de jueces y tribunales. En este sentido, los medios de defensa posesoria se hallan determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través del juicio verbal como procesos de carácter sumario.
- El juicio interdictal queda sometido a los siguientes criterios de ordenación y resolución:
 - **Legitimación activa.** Se encuentra legitimado todo poseedor, aunque sea clandestino o violento, y ello tanto frente a terceros como frente al poseedor que sufrió la violencia o clandestinidad, si este en lugar de acudir a los medios judiciales para la protección de su situación

posesoria hubiera optado por emplear la vía de hecho contra el demandante. No es necesario que la posesión del actor haya durado un año, ni contar en el caso del poseedor inmediato (por ejemplo, arrendatario) con el consentimiento del poseedor mediato (arrendador) ni, en el supuesto de coposesión, del resto de poseedores, siendo por supuesto posible que tanto el poseedor inmediato como el coposeedor interpongan el interdicto contra el poseedor mediato o cualquier otro de los coposeedores si fuera el causante del despojo o inquietación.

- **Legitimación pasiva.** La acción se dirigirá contra quien perturbe al poseedor con ánimo de poseer o quien lo haya despojado que continúe en posesión de la cosa, admitiéndose excepcionalmente contra el tercero que haya adquirido del despojante la cosa durante el año inmediato posterior y con conocimiento (que habrá de probar el actor) del despojo que se hubiera llevado a cabo.
- **Anualidad.** Solo se puede accionar por vía interdictal si no ha pasado un año desde la turbación o el despojo, en suma, si todavía se encuentra vigente el *ius possessionis*.
- **Estricta tasación del objeto de conocimiento.** En el proceso interdictal solo se resolverá a partir del mero derecho de posesión, del *ius possessionis*, para lo cual indefectiblemente se habrá de tener en cuenta el modo y manera en que se ha llegado a poseer —y poseído— en los hechos, a saber: las cualidades atinentes al *factum possessionis*. La posesión, se dice así, nada tiene de común con el derecho de poseer, siendo inútil en el juicio posesorio o interdictal la prueba del derecho de poseer por parte del demandante o demandado. En cuanto consecuencia primordial, como no puede entrarse a valorar quién de los implicados tiene mejor derecho a poseer, en esta instancia debe eludirse alegar, presentar el título en que el interesado pudiera basar su derecho de fondo.
- **Relatividad.** El carácter vicioso de un poseedor solo podrá dirimir un conflicto interdictal si el que acciona contra él es el poseedor frente al que el demandado se ha empleado con violencia, clandestinidad o abuso de confianza, o no siéndolo haya adquirido en el lapso de un año del despojante conociendo del acto de despojo previamente realizado por su transmitente.
- **Interdependencia entre (juicio) posesorio y (juicio) petitorio.** Presentada acción interdictal, quedará en todo caso abierta la vía del petitorio (del procedimiento no posesorio que corresponda, de las

acciones declarativas, sean reales o personales que incumban). Por tanto, quien tuviere derecho de poseer y fuere perturbado o despojado en su posesión puede intentar la acción real que le competa, o servirse de la vía interdictal, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si intentase la acción real, perderá el derecho al interdicto, pero si usare primero del interdicto podrá presentar después la oportuna acción real.

- **Fallo.** La sentencia que estime el interdicto presentado condenará, si es de retener, al perturbador a que se abstenga de realizar en adelante actos similares al que motivara el juicio, y ello con los debidos apercibimientos; si es de recobrar, además, obligará al demandado a reponer al actor en la posesión del bien. Pero si la demanda resulta desestimada, ello no producirá cambio alguno en la situación posesoria previa a la interposición del interdicto, pudiendo el actor hacer valer su mejor derecho a poseer, como sabemos, a través de la acción, ya no meramente posesoria, que considere oportuna.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Es poseedor quien ha entregado en prenda una cosa de su propiedad mientras la obligación garantizada no ha llegado a su vencimiento y el acreedor tiene en su poder la cosa?

- a) No, porque ha transmitido al acreedor el dominio sobre la cosa.
- b) No, porque, aunque momentáneamente, ha dejado de tener la cosa en su efectivo poder.
- c) Sí, es poseedor civil.
- d) Sí, es poseedor natural.

Enunciado 2

Juan vende a Fernando una finca de su propiedad, que aparte de una buena extensión de terreno dedicada a las labores del campo cuenta en su interior con una espaciosa casa habitable. Fernando paga en el mismo instante en que se firma ante el notario el contrato, comprometiéndose Juan en su clausulado a hacerle entrega del fundo a los quince días, para así tener un tiempo para retirar sus cosas con calma. Pasados los quince días, Fernando llega a la finca con quienes le ayudan en la mudanza, pero al no ver a Juan ni a nadie que le haga la entrega en su nombre, decide entrar en el inmueble instalándose directamente en la casa.

- a) ¿En qué momento del supuesto adquirió Fernando la posesión del bien?
- b) ¿Cuándo se hizo propietario?
- c) ¿Cómo podría defenderse Juan, al encontrarse con Fernando ya instalado en la finca? ¿Podría expulsarlo personalmente?

Enunciado 3

Con fecha 17 de mayo de 2009, José María de Castro, con la exclusiva finalidad de que gestionara su venta, entregó a Elena González, quien regentaba la galería de arte *Sorolla*, un lienzo al óleo confeccionado en 1896 por el pintor Joaquín Segura, tasado pericialmente en sesenta mil euros. Entre ellos se convino que, si pasado un año no hubiera logrado vender el cuadro por el precio estimado, Elena debería restituir el cuadro a su dueño sin tener este que retribuirle en modo alguno por los servicios prestados.

Sucede que el 7 de junio de 2010, Elena vende y entrega el cuadro a Santiago Alondra pero por tan solo cuarenta y cinco mil euros.

- a) ¿Podría reivindicar José María el cuadro de manos de Santiago?
- b) En lugar de la acción reivindicatoria, ¿le recomendarías a José María presentar el interdicto que correspondiera? ¿Contra quién?

Enunciado 4

¿Puedo ejercer interdictos contra quien me haya sustraído la silla de mi despacho en la UDIMA?

- a) Perfectamente, aunque lo habitual será que la UDIMA se dirija contra la persona de que se trate por los cauces que las autoridades de la universidad consideren oportunos.
- b) No, porque respecto de esa silla soy un poseedor dependiente, un servidor de la posesión.
- c) Sí, en mi calidad de poseedor inmediato con respecto a la silla.
- d) Sí, en mi calidad de poseedor mediato con respecto a la silla.

Enunciado 5

Manuel es propietario de una finca que posee desde hace años. En un momento dado, llega Ignacio y lo despoja por la fuerza. Unos días después, Manuel, en lugar de recurrir a la Justicia, hace lo mismo que hizo Ignacio con él y lo despoja. ¿Podrá prosperar el interdicto que interponga Ignacio para recobrar la posesión?

- a) Sí, pues el fundamento principal de los interdictos consiste en reprimir la justicia por mano propia.
- b) No, porque nunca adquirió la posesión del inmueble, al no cumplirse el plazo de un año.
- c) No, al haber utilizado antes él la violencia contra Manuel.
- d) No, porque Manuel es el propietario del inmueble.

Solución 1

- c) Sí, es poseedor civil.

Solución 2

- a) ¿En qué momento del supuesto adquirió Fernando la posesión del bien?

Para casos como este, la jurisprudencia con un sector considerable de la doctrina considera que la tradición instrumental del artículo 1.462 del CC habrá de operar igualmente por más que el *tradens* se quede con la posesión efectiva, inmediata del bien en esos días que necesita para desalojar la casa. Se dice que habría un comodato o precario (constituto posesorio) por ese plazo, y tal sería el título para poseer en el interin del transmitente. De ser así, en nuestro caso, entonces, Fernando habría adquirido la posesión del inmueble a partir del momento de escrituración.

Si entendiéramos, en cambio, en una interpretación más apegada a la literalidad del artículo 1.462 del CC, que por la escritura no habría operado la tradición, Fernando habría adquirido la posesión del bien no como resultado, en ejecución del contrato, sino en ese momento posterior en que se nos dice que habría entrado en la finca.

- b) ¿Cuándo se hizo propietario?

Esta segunda pregunta debe contestarse en coherencia con la tesis que se haya mantenido en la precedente. Si la que se ha adoptado es aquella que considera que la tradición instrumental habría de operar igualmente, más allá de la cláusula incorporada en el contrato acerca de la entrega efectiva de la posesión a los quince días, irremediablemente Fernando se habría convertido en propietario desde aquel instante, desde la escritura.

Por el contrario, de mantenerse que la aplicación de tal tipo de tradición habría quedado excluido por la voluntad de las partes manifestada en la cláusula referida, Fernando todavía no sería propietario pues no puede verse un acto voluntario de transmisión, de Juan a Fernando, en el hecho de que Fernando ingrese personalmente en la finca. Sería poseedor es verdad, pero esa posesión no cumpliría con el modo como presupuesto constitutivo para la adquisición de la propiedad. Cuestión distinta, aunque el caso no nos lo dice, es que Juan no estuviera precisamente al haber hecho abandono de la finca ese día u otro anterior al objeto de cumplir con lo acordado.

- c) ¿Cómo podría defenderse Juan, al encontrarse con Fernando ya instalado en la finca? ¿Podría expulsarlo personalmente?

En modo alguno podría expulsar a Fernando; si lo hiciera, Fernando, aun cuando hubiera entrado en la finca desposeyendo a Juan, triunfaría en el oportuno interdicto posesorio que presentara contra Juan.

Omitiendo, pues, acudir a la inconveniente vía de los hechos, lo que está claro es que Juan era poseedor cuando Fernando entra en la finca, por lo que podría interponer contra Fernando un interdicto de recobrar, y ello aun cuando Fernando fuera propietario (por entender que la transmisión del dominio operó desde el otorgamiento de la escritura pública pese a la cláusula incorporada por las partes). Y ello no debe extrañar por cuanto, como sabemos, se sea o no propietario, el interdicto se habrá de resolver con total independencia del título de fondo.

Solución 3

- a) ¿Podría reivindicar José María el cuadro de manos de Santiago?

Como no parece que Santiago haya podido conocer las condiciones exactas en que Elena debía vender el cuadro, la acción reivindicatoria que José María pudiera presentar contra él no prosperaría frente al artículo 464 del CC que sería aplicable al supuesto. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2002 (RJ 2002/21), de la que se ha extraído el supuesto con las debidas modificaciones.

- b) En lugar de la acción reivindicatoria, ¿le recomendarías a José María presentar el interdicto que correspondiera? ¿Contra quién?

No, con mayor razón, pues nada conseguiría presentando un interdicto posesorio contra Santiago, que es quien detenta la cosa. Y es que no se darían en el caso ninguna de las condiciones para que el interdicto pudiera prosperar: Santiago habría adquirido la posesión a través de la entrega efectuada a su favor por Elena, por lo que su posesión (civil) frente a la posesión (civil) de José María –que habría sido violentada por Elena con su actuar contrario a lo estipulado (respecto a tiempo y precio)– no sería viciosa.

Solución 4

- b) No, porque respecto de esa silla soy un poseedor dependiente, un servidor de la posesión.

Solución 5

- a) Sí, pues el fundamento principal de los interdictos consiste en reprimir la justicia por mano propia.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

DÍEZ PICAZO, L.M.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, Madrid: Civitas, 1995.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *La función social de la posesión*, Madrid: Alianza, 1969.

— *La posesión*, Madrid: Civitas, 1980.

IHERING, R. von: *La teoría de la posesión. La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, A. Posada (trad.), Madrid: Revista de Legislación, 1910.

— *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, A. Posada (trad.), Madrid: Reus, 1912.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Madrid: Dykinson, 2003.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

SAVIGNY, F.C. von: *Tratado de la posesión según los principios de Derecho romano*, Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre Derecho de cosas*, I, Madrid: Montecorvo, 1985.

Avanzada

DIEGO LORA, C. de: *La posesión y los procesos posesorios*, 2 vol., Madrid: Rialp, 1962.

DORAL, J.A.: «El servidor de la posesión», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, V, Pamplona: EUNSA, 1969, pág. 209 y ss.

UNIDAD
DIDÁCTICA

5

LA USUCAPIÓN

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El instituto de la prescripción y sus clases
2. Fundamentos de la prescripción adquisitiva o usucapión
3. Presupuestos comunes a todo tipo de usucapión
 - 3.1. Sujetos
 - 3.2. Objeto
 - 3.3. Posesión
 - 3.4. Tiempo
4. Requisitos específicos para la usucapión ordinaria
 - 4.1. Título
 - 4.2. Buena fe
5. Efectos de la usucapión
 - 5.1. La posible liberación de gravámenes con motivo de la usucapión
 - 5.2. El alcance retroactivo de la usucapión

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Como uno de los efectos posibles de la posesión, se avanza en esta Unidad didáctica sobre una de las instituciones de mayor interés práctico de la asignatura. La usucapción es, en este sentido, una modalidad adquisitiva de los derechos reales basada en la continuada posesión de una cosa durante el tiempo fijado por la ley, tiempo que varía en función de la naturaleza del bien –mueble o inmueble– y otras circunstancias de cierta relevancia. El tratamiento que se hace en esta Unidad didáctica de su régimen trata de sintetizar los aspectos fundamentales de la figura, en la convicción de la utilidad de su adecuada identificación y conocimiento.

1. EL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN Y SUS CLASES

La prescripción se trata de la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya extinguiendo un derecho por renuncia, abandono, desidia o inactividad, aun involuntaria, de su titular. Fundada, pues, en el factor tiempo, el estudio de la prescripción se escinde en dos modalidades.

En virtud de su primera expresión, la prescripción implica la adquisición de un derecho real –muy frecuentemente el de dominio, aunque no exclusivamente–, basada en la continuada posesión de una cosa (o en el continuado ejercicio de actos posesorios, si pensamos, en las servidumbres, por ejemplo) durante un lapso determinado de tiempo. La **prescripción** se llama, entonces, **adquisitiva** o **usucapión** (del latín *usucapio*, de *usus*, uso o posesión, y *capere*, tomar o adquirir).

Precisiones

Desde ya, y para una mayor claridad expositiva, según los mayores o menores requisitos y los plazos necesarios para prescribir, debemos distinguir entre usucapión *ordinaria* y *extraordinaria*. En la primera, aunque el legislador se muestra más exigente con la lealtad e índole de la posesión (se requiere que la posesión sea de buena fe), el tiempo para consolidar la situación es más breve (diez años tratándose de bienes inmuebles; tres, para los muebles); por el contrario, en la otra especie, aun cuando solo se precisa poseer, se impone un lapso mucho más extenso (treinta años para los inmuebles, seis para los muebles).

La **prescripción** se dice, en cambio, **extintiva** o **liberatoria** si lo que produce es la extinción de una obligación o gravamen por inacción del acreedor o titular. Por esta vía, los derechos subjetivos se pierden por la inactividad o negligencia de su titular, sin requerir ni mucho menos del instituto concurrente de la posesión por parte de quien haya de beneficiarse.

La prescripción liberatoria opera, así, como una excepción para repeler una acción por el solo hecho de que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentar, o de ejercer el derecho al que se refiere. Este derecho, nada lo impide, perfectamente puede ser de naturaleza real, como hemos visto en la Unidad didáctica 3 al tratar de la falta de ejercicio como causa extintiva específica de los derechos reales limitados, con lo que a tal punto se remite.

Pues bien, introducidas así, ambas fórmulas prescriptivas aparecen reguladas en el mismo Título, el último del Código Civil, sin duda, en el entendimiento del que es su fundamento común (como veremos en el siguiente epígrafe, el relativo a la seguridad y certidumbre en las relaciones jurídicas que no pueden quedar pendientes de ejercicio *sine die*). Pero, a partir de ahí, entre una y otra existirían sustanciales diferencias, al punto de justificar la tradicional diversificación de la prescripción en nuestros planes de estudio: la prescripción extintiva se estudia así en sede de obligaciones; la adquisitiva, como hacemos aquí, como efecto posible de la posesión y ya en el contexto de los derechos reales. Entre esas diferencias se habrían de destacar las siguientes:

- La **usucapión** se refiere y aplica a los derechos reales que se ejercen por la posesión; por tanto, no es posible para la hipoteca, las servidumbres negativas y toda la pretendida categoría de derechos reales que conforman los de adquisición (opción, tanteo, retracto).

Por su parte, la **prescripción extintiva o liberatoria** se aplica a la extinción de las acciones de cualquier clase que sean, con mayor incidencia, sin duda, en las vinculadas con derechos de sustrato patrimonial, donde la imprescriptibilidad se torna excepcional.

- En cuanto a sus efectos, la liberatoria produce la extinción de la acción, en tanto la adquisitiva consolida al poseedor transformándolo en titular de un derecho real, siendo de esta forma un modo de adquisición de los derechos reales; adquisición de índole indudablemente originaria al menos tratándose de la usucapión extraordinaria.
- La prescripción adquisitiva puede ejercitarse por acción o excepción, aunque en los repertorios se observa mucho más frecuente lo primero; la extintiva lo suyo, en cambio, es que se ejercite, se alegue como excepción.
- El componente posesorio de la usucapión hace que exista para ella una causa de interrupción imposible tratándose de la prescripción extintiva, en cuanto la desposesión del prescribiente puede conducir a que se pierda, deje de poder aprovecharse para su alegación el tiempo anterior a esa privación, como se verá con detenimiento en esta Unidad didáctica.

2. FUNDAMENTOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN

Tres son los fundamentos de la usucapión en cuanto instituto, a saber:

- **Seguridad y certidumbre en las relaciones jurídicas.** Se trata del fundamento que une a la prescripción en sus diferentes clases. La prescripción así considerada hallaría su común razón de ser en la necesidad de fijar de una manera cierta la existencia de las relaciones de Derecho y principalmente las que se refieren a la extensión de los bienes de cada uno.

Específicamente, para la prescripción adquisitiva o usucapión, la afirmación se traduce en el dato de que el derecho que no se ejerce sobre una cosa durante un tiempo más o menos, aunque siempre suficientemente, prolongado ha de perderse en favor de quien haya venido manifestándose, a través de la externalidad de la posesión, como propietario sin mediar contradicción, esto es, sin reconocer con su obrar aquel derecho ni verse impedido al respecto.

- **Criterio de sanción económico-social.** Desde este segundo punto de vista, la usucapión se trataría de una institución del orden público que no puede derogarse por pactos anticipatorios particulares en la medida que si fuera así se fomentaría la negligencia del legítimo propietario en perjuicio de la utilidad general (cfr. art. 1.935 del CC). Por tanto, la usucapión hallaría su razón de ser en el mejor –adecuado al menos– aprovechamiento de los bienes.

En su vertiente positiva, alude en cierta medida este segundo fundamento de la usucapión al clasista lema de la «tierra para el que la trabaja», justificando en su dimensión negativa que los intereses de quien, pudiendo hacerlo, no haya explotado o ejercitado su derecho sobre una cosa por tiempo razonable, han de ceder frente a los de aquel que aprovechara de ella en una parte o conjunto de sus utilidades.

- **Convalidación o aseguramiento de los títulos que se alegan sobre la propiedad.** Este tercer argumento encuentra plena incidencia en la denominada usucapión ordinaria, la cual solo opera si existe un título para el derecho que se va a usucapir, pero que por sí mismo es insuficiente para que opere directamente la transmisión. Entonces el instituto de la usucapión convalidaría, vendría a subsanar la deficiencia del título.

3. PRESUPUESTOS COMUNES A TODO TIPO DE USUCAPIÓN

Son cuatro los presupuestos o elementos de consideración imprescindible para toda clase de usucapión, los cuales se detallan a continuación.

3.1. SUJETOS

Son elementos personales de la usucapión:

- El sujeto que adquiere el derecho llamado **usucapiente** aun antes de consolidar el derecho que viene a anunciar a través del juego de su posesión; y
- Quien como consecuencia lo haya de perder si es el derecho de dominio, o si es un derecho limitado, haya de quedar afectado por la adquisición constitutiva del que se trate; es el sujeto pasivo de la usucapión, quien, tratándose del dominio y una vez consumada la usucapión, pasará a calificarse de antiguo propietario (*vetus dominus*).

Con relación al usucapiente, dice el artículo 1.931 del CC que «pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos», lo que no es decir mucho, en verdad. En rigor, como la posesión es la matriz de la usucapión a la postre, con vistas fundamentalmente a la usucapión extraordinaria (aquella en la que no hace falta contar con título alguno), para usucapir bastaría con la capacidad para adquirir la posesión, la natural de entender y querer, con lo que un menor o incapacitado podrían dar lugar a que se produjera; por supuesto, llegado el momento de su alegación y como dice el artículo 433 del CC, de continuar la situación de incapacidad, solo podría hacerlo a través de sus representantes legítimos.

No puede haber ninguna duda, asimismo, reproduciendo toda la doctrina posesoria que ya conocemos, de que el usucapiente habrá de seguir siéndolo aunque en el periplo temporal de la usucapión conceda la posesión derivada a otro (usufructuario, arrendatario, etc.), o posea a través de sus servidores o representantes, siendo que ninguna de estas personas puede considerarse usucapiente mientras no se opongan con su actuar a aquel.

Con relación al sujeto pasivo, dispone el artículo 1.932 del CC que la prescripción corre contra toda clase de personas, incluso las jurídicas, si bien «queda a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción». No impor-

tan, pues, los motivos, las circunstancias personales del sujeto pasivo (que tenga o no capacidad de obrar, que tenga nombrado o no representante, que se encuentre ausente o en paradero desconocido, etc.), los cuales no impedirán que la usucapión pueda alegarse en su contra, ni suspenderán los plazos prescriptorios.

3.2. OBJETO

El Derecho antiguo distinguía entre cosas prescriptibles e imprescriptibles, subdividiendo estas últimas en imprescriptibles absolutas y relativamente, según no pudieran ser objeto de ninguna clase de prescripción, o pudieran serlo de alguna de las prescripciones extraordinarias de 30, 40 y 100 años que se establecían.

Pues bien, el Código Civil ha abolido estas distinciones, estableciendo el principio general de que «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres» (art. 1.936) y sean, claro está, susceptibles de apropiación, ya que para usucapir es necesario poseer y solo pueden ser objeto de posesión, como bien sabemos, las cosas (art. 437).

Y es que en puridad lo que se va a adquirir por usucapión no es una cosa sino un derecho, normalmente el de dominio, aunque no solo, sobre ella; el Código vuelve a cometer aquí el mismo error de equiparar la cosa al dominio que de ella se tenga en esa visión tradicional que lo caracteriza.

Junto a la susceptibilidad de material apropiación y como segundo presupuesto objetivo de la usucapión, la cosa debe encontrarse en el comercio de los hombres, en el comercio privado más exactamente, pues se ha de recordar que resultan imprescriptibles las cosas pertenecientes al dominio público, que lo son por encontrarse afectadas al uso de todos o a la prestación de un servicio público.

No tratándose de cosas *extra commercium*, por tanto, hasta el dominio de las que hayan sido robadas puede adquirirse por usucapión, incluso por el mismo ladrón, aunque este nunca antes de «haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta» (art. 1.956).

3.3. POSESIÓN

Como sabemos, la posesión es la base fundamental de la usucapión y ha de reunir, durante todo el tiempo que legalmente se exige, las condiciones siguientes:

- Que se trate de una **posesión civil** y no de una situación de mera detentación o tenencia. El artículo 1.941, concordante con el artículo 447 del CC, exige que sea en concepto de dueño, pero ello solo si lo que se pretende usucapir es el dominio.

Por falta de ese ánimo de tener la cosa para sí del que habla el artículo 430 del CC, no sirven para prescribir las típicas posesiones del arrendatario, comodatario, depositario o cualquier otra que responda a un vínculo de licencia o mera tolerancia por parte del dueño (art. 1.942).

Precisiones

Solo se puede usucapir a partir de la posesión que hemos llamado civil, de primer grado o a título de dueño (si la usucapición, como es lo más general, persigue alcanzar la propiedad del bien de que se trate).

Se requiere posesión y no mera tenencia, y tiene que ser indubitable; no bastan los actos de mera facultad o tolerancia. En este sentido, el hecho de que el dueño se haya venido absteniendo voluntariamente de poner en práctica alguna de sus facultades de las tantas que materialmente le corresponden como dueño, no ha de generar ningún derecho en favor del vecino; como tampoco su simple autorización para que se lleven a cabo ciertos actos posesorios sobre su finca, según la costumbre del lugar y con fundamento en la idea de buena vecindad que viene a promover el artículo 537 del CC al tasar las servidumbres usucapibles en torno a las que sean continuas y aparentes. Así, por más que se pase por una finca cuarenta años, no podrá usucapirse derecho alguno al respecto, pues la servidumbre de paso es discontinua, al depender en su ejercicio del hecho puntual del hombre, cifrado en ella en cada acto particular de paso efectuado por el vecino.

- Que la **posesión sea pública** (art. 1.941), a saber, no clandestina, en cuanto se requiere que el titular que haya de resultar perjudicado a resultas de la usucapición pueda tener conocimiento de la posesión de la que se podría derivar la pérdida de su derecho.

Precisiones

Entiéndase bien, no es que sea necesario para la usucapición que el propietario conozca efectivamente de la eventualidad (en los hechos de la posesión contraria, adversa del usucapiente), pero sí que «pudiera haberla llegado a conocer» a través justamente de esa posesión que resulta contraria a la suya.

- Que sea **pacífica** (art. 1.941) lo que implica que la posesión adquirida por medios violentos y, por extensión, toda aquella que se adquiriera contra la voluntad del anterior poseedor, no sirve para la usucapión en tanto no se purgue ese vicio. En caso de despojo como sabemos (véase Unidad didáctica 4, epígrafe 5.6), tendrá lugar al cumplirse el año sin que el despojado haya actuado contra el despojante. La inacción durante ese tiempo supondrá la pérdida del *ius possessionis* de aquel, computándose a partir de ese momento el plazo necesario para la usucapión, obviamente, extraordinaria. La posesión violenta, por no controvertida durante el año inmediato, se convertiría así en posesión pacífica y por tanto apta *ad usucapionem*.

EJEMPLO 1

Si Pedro usurpa el apartamento de Juan sabiendo que este se encuentra en el extranjero, y Juan, por más que nada sepa, no acciona contra él durante el año inmediato, Pedro necesitaría estar en la finca treinta y un años en total para poder alegar la adquisición del dominio por usucapión.

- Que sea **continuada y no interrumpida** durante el tiempo que la ley señala para la prescripción (art. 1.941).

Se interrumpe la posesión por la superveniencia de un hecho que, destruyendo alguna de las condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario), corta el curso de aquella, haciendo inútil el tiempo ganado. Si tiene lugar por pérdida de la posesión, la interrupción se llama **natural**. Si por reclamación del propietario, **civil**.

Precisiones

La interrupción, en cuanto contingencia, se trata de un hecho positivo del poseedor, de un tercero o de ambos que veta la posibilidad de ganar la usucapión en ciernes.

Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa (voluntaria o no) se cesa en ella por más de un año (art. 1.944). Se encuentra en consonancia con la doctrina del artículo 1.968.1.º del CC que fija el plazo de un año a la acción para retener y recobrar la posesión.

EJEMPLO 2

Así, si el usucapiente fuera despojado por el propietario o un tercero, la interposición del pertinente interdicto antes de cumplirse el año evitaría, en caso de prosperar, que la posesión quedara interrumpida.

La posesión se interrumpe, en cambio, civilmente por alguna de las siguientes causas:

- La citación judicial hecha al poseedor aunque sea por mandato de juez incompetente (art. 1.945). Pero se considerará no hecha, dejando de producir interrupción la citación judicial:
 - Si fuere nula por falta de solemnidades legales.
 - Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia.
 - Si el poseedor fuere absuelto de la demanda (art. 1.946).
- El acto de conciliación siempre que dentro de dos meses de celebrarlo se presente ante el juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada (art. 1.947).
- Cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño (art. 1.948).

Precisiones

La interrupción es civil cuando depende de actos formales, no solo materiales vinculados con el hecho posesorio. Así, el emplazamiento al poseedor como demandado a un juicio donde se haya de discutir sobre su derecho de posesión o a poseer. En este sentido, una simple interpelación extrajudicial dirigida al poseedor de un inmueble no cambia el carácter de la posesión y carece de efectos interruptivos.

En todo caso, la demanda judicial debe prosperar para que confiera tales efectos. No habrá interrupción de la prescripción, si se desestima la demanda o se produce el desistimiento o deserción de la instancia por parte del demandante.

Sea de una u otra índole, natural o civil, dándose algunas de las causas de interrupción referidas es como si no se hubiera poseído *ad usucapionem* nunca, debiendo comenzar a contarse el plazo «desde cero» si fuera el caso de que el interesado volviera a poseer el bien conforme se exige para usucapir. La interrupción no ha de entenderse, pues, como una mera suspensión del plazo.

EJEMPLO 3

Si Pedro es despojado por Juan y Pedro despoja a Juan pero pasado un año, el tiempo que Pedro tuviera acumulado al tiempo del primer despojo no sería por tanto computable.

3.4. TIEMPO

El tiempo necesario para usucapir es distinto para la prescripción ordinaria que para la extraordinaria, y depende también de que estemos ante bienes muebles o inmuebles. Debemos distinguir, pues, entre cuatro supuestos:

- **Usucapión mobiliaria ordinaria.** Según el primer párrafo del artículo 1.955 del CC, sobre bienes muebles, por tanto, la usucapión tiene lugar por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. El precepto no refiere la necesidad del justo título, precisamente porque el artículo 464 del CC tiene declarado que la posesión de buena fe, tratándose de bienes muebles, «equivale a título».
- **Usucapión mobiliaria extraordinaria.** El poseedor de un bien mueble de mala fe, y aun de buena fe cuando el bien sea robado o perdido, se hará propietario a los seis años de tenerlo en su poder, de conformidad con el citado artículo 1.955, ahora en su segundo párrafo.
- **Usucapión ordinaria sobre bienes inmuebles.** Si se tiene título y buena fe, se requieren diez años de posesión entre presentes y veinte entre ausentes (art. 1.957).

La distinción, pensada para los tiempos en que se promulgara el Código Civil, sigue en pie en nuestros días pese a todo, por lo que frente a los diez años que se requieren para el supuesto más típico se exigen veinte para usucapir

un bien propiedad de quien se encuentra ausente o «en Ultramar» —establece el art. 1.958 del CC—, entendiéndose hoy por tal «el extranjero».

- **Usucapión extraordinaria sobre bienes inmuebles.** Se produce con motivo de la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni buena fe, y sin mayor distinción entre presentes y ausentes (art. 1.959).

Por su lado, para el cómputo del lapso necesario en el caso concreto de que se trate, se han de aplicar no obstante unas mismas reglas, tal y como se establecen por el artículo 1.960 del CC. Son estas:

- «El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante» (regla 1.^a). El fenómeno se conoce en la doctrina con el nombre de **accesión de posesiones** y el interesado, el actual poseedor, podrá beneficiarse a resultas tanto en los casos de sucesión a título particular (compraventa, donación, etc.) como hereditaria.

EJEMPLO 4

Es claro el supuesto del heredero, llamado como está a continuar en las relaciones patrimoniales del de *cuius*. Pero también cabe la accesión de posesiones cuando se transmite la finca que se está usucapiendo a título particular. Así, si Pedro lleva poseyendo sin título una finca por quince años y transmite por documento privado su dominio (dominio que todavía no tiene, claro está) a Juan, bastará con que transcurran cinco años para que este pueda alegar la usucapión frente al hasta ese momento legítimo propietario del inmueble.

En uno y otro caso, se requiere que exista una verdadera sucesión, que la posesión de uno derive voluntariamente del otro, por lo que no cabría que el despojaante sumara el tiempo de posesión del despojado.

EJEMPLO 5

En el caso anterior, si Pedro lleva poseyendo sin título una finca por quince años y Juan lo despoja por la fuerza, Juan tendrá que poseer por veinte años para usucapir.

Asimismo debe hacerse salvedad de que, si lo que se pretende alegar es la usucapión ordinaria, es imprescindible que ambas posesiones, la del poseedor causante y la del poseedor actual sean de buena fe: la accesión de posesiones no será posible en tanto en cuanto ambas no sean de buena fe. Surge del inciso final del artículo 442 del CC que, referido a la sucesión por causa de muerte en la posesión, se ha de entender con más razón aplicable a la hipótesis en que la posesión se transmita *inter vivos*; la buena fe se trataría de un concepto intelectual y por tanto intransferible.

- «Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario» (regla 2.^a). No es necesario, pues, para que se declare la usucapión que el interesado demuestre que ha poseído en todo momento, en todo instante del lapso legalmente establecido. Acreditada la posesión en un principio y al final del tiempo legalmente previsto, será el *vetus dominus* el que deba probar que en algún momento intermedio operó la interrupción de la posesión.
- «El día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero, pero el último debe cumplirse en su totalidad» (regla 3.^a). Se debe recordar en este punto el artículo 5 del CC en cuanto a la necesidad de que los años necesarios para usucapir se computen «de fecha a fecha».

EJEMPLO 6

Ello quiere decir que si Pedro entra en una finca un 1 de enero a las 15 horas, la usucapión se consumará al término de un 1 de enero.

4. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA LA USUCAPIÓN ORDINARIA

Como se ha visto, mediando justo título y no conociendo el interesado el motivo por el cual ese título no ha de conducir a su adquisición directa, podrá llegar a adquirirse no obstante el derecho real de que se trate por la posesión del bien durante un plazo más abreviado. Deben, por tanto, analizarse el título y la buena fe como requisitos específicos para la adquisición por vía ordinaria (usucapión breve u ordinaria).

4.1. TÍTULO

A los efectos de la usucapión ordinaria, se considera **título** todo aquel que tiene por objeto atribuir el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real cuyo contenido natural incorpore posesión, el cual, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, no puede producir, sin embargo y por un defecto de legitimación –un defecto relativo a la necesaria aptitud dispositiva del transmitente (o constituyente)–, la atribución deseada.

Precisiones

El título refiere un concepto causal más que documental, aunque lo normal es que se encuentre formalizado, documentado. Pero, como se dice, no es necesario, debiendo dirimirse la cuestión en sede probatoria.

Exactamente, para ser apto para la usucapión ha de ser como sigue:

- **Justo.** Se entiende, según el Código, por justo título «el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate» (art. 1.952), es decir, el que produciría la transmisión y adquisición del dominio de no mediar el vicio o defecto que la prescripción está llamada a subsanar.

Son títulos justos, por tener eficacia traslativa, la compraventa, la permuta, la donación, la herencia, el legado, etc. No lo son el depósito, el comodato o el arrendamiento, por ejemplo.

- **Verdadero** (art. 1.953), esto es, de existencia real. Por no tener este requisito carecen de idoneidad para la prescripción el **título simulado** (al menos, cuando la simulación sea absoluta, pues si es relativa, podrá valer el verdadero que se oculta bajo la simulación) y el **título putativo** (el que se cree tener pero que en realidad no existe).

EJEMPLO 7

En un principio, puede verse un ejemplo de título putativo en aquel que encuentra una cosa mueble y entiende, por su valor o apariencia, que no es de nadie, siendo en realidad que

.../...

.../...

no es así. Y decimos en un principio porque como en materia inmobiliaria rige la máxima de que la posesión de buena fe equivale a título, no haría falta acudir a la usucapión pues nuestro protagonista ya sería declarado automáticamente propietario por el artículo 464 del CC. En otras palabras: en el ejemplo, el título no solo existiría sino que resultaría inatacable, sin esperar a que se cumplieran los tres años del artículo 1.955 del CC.

En rigor, en nuestros repertorios el caso de título putativo más significativo es el del **heredero aparente**, aquel que deriva su derecho de un testamento que ha sido revocado o que desconoce la existencia o supervivencia de otro heredero con mejor derecho. Pues bien, por más buena fe que tenga el heredero, por más que desconozca ese hecho que con posterioridad se acredite (por ejemplo, que existe otro testamento posterior que revoca aquel en que se fundaba su derecho), solo se hará propietario cumplido el tiempo de la usucapión extraordinaria.

- **Válido** (art. 1.953). La interpretación de este requisito presenta dificultades, pues si el título ha de ser perfectamente válido, ¿para qué hará falta la usucapión? No hay, pues, que entender la exigencia del título válido en el sentido de que el acto reúna todas las condiciones necesarias para producir la transmisión del dominio. Pero, al mismo tiempo, si hemos de respetar el precepto del artículo 1.953 del CC, no cabe admitir la idoneidad de un título nulo, dentro de la prescripción ordinaria.

Conciliadas, en cuanto cabe, ambas consideraciones, podemos admitir como probables estas dos conclusiones que señala De Buen:

- Que nuestro Código Civil, al exigir que el título sea válido, quiere significar que sea un título que bastaría para transmitir el derecho si el transmitente fuera propietario o, siéndolo, no careciera al momento de poder de disposición. Este sería el único vicio del título susceptible de purgarse por vía de usucapión.

EJEMPLO 8

Si Pedro compra en documento privado un inmueble a Juan, que no es propietario, el título es evidentemente nulo por falta de legitimación en el transmitente, pero apto para la usucapión ordinaria porque es precisamente el defecto de legitimación el defecto a convalidar por la usucapión una vez cumplidos sus presupuestos.

Precisiones

Al hilo de lo expresado, como en la usucapción ordinaria existe título, es muy factible que este conste inscrito, que se haya llevado al Registro, por lo que el defecto de legitimación que trata de cubrir aquella quedaría cubierto antes por la fe pública registral. Se trata de una importante advertencia que influirá decisivamente en el ámbito de aplicación de este tipo de prescripción, por cuanto se hace innecesario que se posea el bien por diez años (o menos frecuentemente por veinte años) reuniéndose las condiciones del artículo 34 de la LH.

- Que, a salvo de que el vicio sea el referido, el título nulo por otro motivo no valdrá para la usucapción ordinaria, sirviendo, no obstante, el anulable, por razón lógica de apariencia, mientras no sea anulado por quien puede ejercitar la acción de nulidad.

EJEMPLO 9

Si Juan dona en documento privado una finca a Pedro, sea o no propietario Juan, el defecto de forma en el título, por sustancial al tratarse de una atribución a título gratuito, no podrá resultar convalidado por la posesión de Pedro durante diez años, sino por la extensión de la usucapción extraordinaria.

- **Probado**, ya que, según el artículo 1.954 del CC, el justo título, a diferencia de la buena fe, no se presume, ha de probarse.

4.2. BUENA FE

La **buena fe** del poseedor, que como principio se presume, implica la creencia o persuasión de la regularidad en su adquisición, o lo que es lo mismo, la ignorancia del vicio que la acompaña.

El artículo 1.950 del CC se fija en el aspecto positivo al decir que la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio. En cambio, el 433 del CC la define desde su aspecto

negativo, al expresar, como sabemos, que «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide».

No están de acuerdo las legislaciones respecto a si basta la buena fe inicial del poseedor o hace falta tener buena fe durante todo el plazo de la prescripción. El Derecho romano aceptó la primera de tales soluciones, reflejada en la regla *mala fides superveniens non impedit usucapionem*; y modernamente la sigue también el Código francés. Por el contrario, el Derecho canónico, llevado de una natural tendencia a acentuar la importancia del elemento ético en la prescripción, exigió la buena fe durante todo el tiempo preciso para prescribir.

Nuestro Código Civil parece sancionar la doctrina canónica, a juzgar por el artículo 435 del CC, que determina que la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, al declarar que la buena fe ha de persistir durante el periodo total de la posesión, perdiéndose desde que sabe el poseedor que el dominio estaba inscrito en el Registro en favor de otra persona. En el caso, por tanto, de que se acredite que el poseedor hubiera perdido la buena fe, necesitaría cumplir entonces con el lapso extenso de la usucapión larga o extraordinaria.

5. EFECTOS DE LA USUCAPIÓN

En el supuesto más común del dominio, el efecto fundamental de la usucapión es la adquisición de la propiedad por el usucapiente, que, al ganar el dominio, tiene a su favor acción para reclamarlo y excepción para oponerse a las reclamaciones de los demás, especialmente, del *vetus dominus*.

¿Ha de ser alegada la usucapión para que produzca sus efectos? En principio, la usucapión produce sus efectos *ipso iure*, transmitiendo el dominio sin necesidad de declaración judicial. Mas, desde un punto de vista práctico, sin la sentencia no podrá reflejarse el dominio del usucapiente en el Registro de la Propiedad, imposibilitando en los hechos que pueda transmitir luego el inmueble a un tercero por su real valor de mercado.

Precisiones

Una finca, por muchas utilidades que preste, no valdrá lo mismo si sobre ella pende «la carga» de iniciar el correspondiente juicio por usucapión; el dominio ganado por usucapión todavía no declarado, se entiende fácilmente, no valdrá lo mismo que el ya constatado y registrado.

Igualmente, a los efectos procesales y dado el principio de justicia rogada que inspira nuestro procedimiento civil, debe ser alegada por el interesado, en forma de acción o de excepción, sin que puedan los jueces aplicarla de oficio. Aún más, el no alegar la usucapión ganada ante la acción reivindicatoria impetrada por el *vetus dominus* habrá de suponer la pérdida del dominio en cabeza del usucapiente.

En cuanto a la extensión, el alcance extintivo de la usucapión, la lógica imposibilidad de que existan dos dominios concurrentes sobre un mismo bien hace que a la par que se adquiere el dominio por el usucapiente se ponga fin al de quien hasta ese momento era propietario.

El problema se plantea con los derechos limitados que gravaban la finca hasta ese momento.

Al respecto, la doctrina entiende que la medida en que haya de repercutir la usucapión a esos otros derechos se encuentra en el mismo concepto de la posesión, según el conocido principio *tantum praescriptum quantum possessum*. Así, el que posee la cosa en pleno y libre dominio, la adquiere libre de toda carga, pero el que la posee reconociendo o respetando alguna servidumbre, por ejemplo, la adquiere gravada con tales cargas. Pero en todo caso ello exigiría una importantísima corrección, a saber: si se trata de usucapión extraordinaria, donde el único requisito necesario además del tiempo es la posesión, no cabe duda de que debería afirmarse el referido apotegma *tantum praescriptum quantum possessum*; pero si se trata de la usucapión ordinaria como en su virtud se posee con título justo, verdadero y válido y con buena fe, aquí la medida de la adquisición no la dará solo el elemento posesorio, sino este y los demás necesarios.

En uno y otro caso, a esa función que puede cumplir la usucapión tendiente a liberar el dominio que frente a esos derechos o cargas que lo gravaran, se refiere con el término de **usucapión liberatoria** (*usucapio libertatis*), del que nos ocupamos con el debido detenimiento a continuación.

5.1. LA POSIBLE LIBERACIÓN DE GRAVÁMENES CON MOTIVO DE LA USUCAPIÓN

A la *usucapio libertatis* no alude específicamente el Código Civil, pero se regula, en cambio, por el artículo 36 de la LH, en su penúltimo párrafo. En su virtud, vendría a distinguirse, según la cualidad del derecho real limitado de que se trate. Exactamente se expresa como sigue:

«Los derechos adquiridos por título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubiesen constituido, no se extinguirán por usucapión de este. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.»

Se trata, pues, de resolver en qué medida la usucapión del dominio sobre el inmueble puede determinar la extinción de los derechos reales limitados que, recayentes sobre el mismo bien, se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad.

De entre esos derechos, la norma, en primer lugar, pone a salvo los que no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute (por ejemplo, una hipoteca, una servidumbre negativa). En consecuencia, no habrán de extinguirse como resultado de la usucapión, con tal de que se hayan constituido a título oneroso por quien al tiempo constará en el Registro como propietario,

Frente a ellos, los derechos que incorporen esa facultad de disfrute aún podrán evitar su extinción con motivo de la usucapión, dándose alguna de estas dos circunstancias:

- Que ese disfrute no sea incompatible con la posesión que haya servido de causa a la prescripción adquisitiva.

EJEMPLO 10

El ejercicio de actos posesorios por el vecino en virtud de una servidumbre de paso resultaría en los hechos, así, perfectamente compatible con la posesión a título de dueño del usucapiente. Por tanto, la usucapión ganada del dominio no acarrearía la liberación de la servidumbre.

- Que siendo el ejercicio el disfrute de uno y otro derecho incompatible, el titular de tal derecho contrario a la posesión del usucapiente no haya conocido ni podido conocer de esta al tiempo de su adquisición, ni tampoco la haya consentido, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente.

EJEMPLO 11

Será difícil que el titular de un derecho de usufructo o superficie, por ejemplo, no pudiera conocer de la existencia del interés contrario manifestado por la posesión del usucapiente mientras avanzara el tiempo necesario para cumplir con la usucapión. El supuesto, como se dice, será de muy difícil constatación en la práctica, por tanto, con lo que la consecuente extinción de esta clase de derechos será lo más factible.

5.2. EL ALCANCE RETROACTIVO DE LA USUCAPIÓN

Tampoco refiere el Código si ha de considerarse adquirida la propiedad en el momento en que la usucapión dio comienzo o en el instante en que se consumó el plazo de la misma. El problema ha sido muy controvertido con referencia al Derecho romano, mas en el Derecho moderno los civilistas suelen resolverlo en el sentido de lo que llaman el **efecto, el alcance retroactivo de la usucapión**. En puridad, lo que preocupa son los actos intermedios producidos mientras el usucapiente se hallaba en posesión del bien antes de consolidar su situación, junto a la lógica necesidad de que se correspondan, se ajusten al cambio de titularidad que provoca la usucapión.

Como expresiones sirvan las tres siguientes que señala Díez Picazo:

- Los frutos percibidos por el poseedor que consuma su adquisición por la usucapión, quedarán para él definitivamente aunque haya sido un poseedor de mala fe.
- El usucapiente adquirirá la propiedad libre de los gravámenes que hayan podido ser impuestos, durante el curso de aquella, por parte del *vetus dominus*, aunque esto siempre en función de lo que acabamos de ver en relación con la *usucapio libertatis*.
- Los gravámenes que sobre el bien haya llegado a comprometer el usucapiente –antes, evidentemente, de convertirse en propietario– quedarán convalidados con motivo inmediato de la usucapión.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Se entiende por **prescripción** la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya extinguiendo un derecho por renuncia, abandono, desidia o inactividad, aun involuntaria, de su titular.

Basada, pues, en el factor tiempo, el estudio de la prescripción se escinde en dos modalidades, una primera de índole adquisitiva, o **usucapión**, por la cual la continuidad en la posesión de un bien durante el lapso que la ley determina hará titular del derecho real que pareciera estar ejercitándose hasta ese momento; y una segunda, **extintiva o liberatoria**, por la cual los derechos subjetivos se pierden por la inactividad o negligencia de su titular, sin requerir ni mucho menos del instituto concurrente de la posesión por parte del interesado o beneficiado por esa inacción.

- Tres son los fundamentos de la usucapión en cuanto instituto. Uno común a ambas clases de prescripción, relativo a la conveniencia de dotar de seguridad y certidumbre a las relaciones jurídicas, y dos más específicamente propios de ella, a saber: proveer al mejor o, cuando menos, más adecuado aprovechamiento de los bienes; y convalidar o asegurar los títulos que se tengan sobre la propiedad, de carecer de algún defecto que impidiera la adquisición inmediata del derecho de turno.
- Los presupuestos o elementos de consideración común para toda clase de usucapión son los siguientes:
 - **Sujetos.** La usucapión involucra necesariamente a dos personas: la que adquiere el derecho, llamado **usucapiente** aun antes de consolidar el derecho que viene a anunciar a través del juego de su posesión: y aquella otra que como consecuencia lo haya de perder si es el derecho de dominio, o si es un derecho limitado, haya de quedar afectado por la adquisición constitutiva del que se trate; es el sujeto pasivo de la usucapión, sujeto que, tratándose del dominio y una vez consumada la usucapión, pasará a calificarse de antiguo propietario (***vetus dominus***).
 - **Objeto.** Solo son susceptibles de usucapirse los derechos reales sobre cosas materiales, en cuanto únicas susceptibles de apropiarse, ocuparse efectivamente, y siempre que se encuentren dentro del comercio jurídico privado.

- **Posesión.** Es, como sabemos, la base fundamental de la usucapación y ha de reunir, durante todo el tiempo que legalmente se exige, las condiciones siguientes:
 - Que se trate de una posesión **civil** y no de una situación de mera detentación o tenencia.
 - Que la posesión sea **pública** a saber, no clandestina, en cuanto se requiere que el titular que haya de resultar perjudicado a resultas de la usucapación pueda tener conocimiento de la posesión de la que se podría derivar la pérdida de su derecho.
 - Que sea **pacífica** lo que implica que la posesión adquirida por medios violentos y, por extensión, toda aquella que se adquiriera contra la voluntad del anterior poseedor no sirve para la usucapación en tanto no se purgue ese vicio.
 - Que sea **continuada y no interrumpida** durante el tiempo que la ley señala para la prescripción. En este sentido, se interrumpe la posesión por la superveniencia de un hecho que, destruyendo alguna de las condiciones esenciales de la usucapación (permanencia de la posesión, inacción del propietario), corta el curso de aquella, haciendo inútil el tiempo ganado. Si tiene lugar por pérdida de la posesión, la interrupción se llama **natural**. Si por reclamación del propietario, **civil**.
- **Tiempo.** La usucapación nunca opera instantáneamente con la simple adquisición de la posesión, sino que se requiere el transcurso de un lapso de tiempo, el cual depende de que se trate de bienes muebles o inmuebles. Cabe distinguir, así, hasta cuatro tipos:
 - **Usucapación mobiliaria ordinaria.** Sobre bienes muebles la usucapación tiene lugar por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. No se exige justo título precisamente porque el artículo 464 del CC tiene declarado que la posesión de buena fe, tratándose de bienes muebles, «equivale a título».
 - **Usucapación mobiliaria extraordinaria.** El poseedor de un bien mueble de mala fe, y aun de buena fe cuando el bien sea robado o perdido, se hará propietario a los seis años de tenerlo en su poder.
 - **Usucapación ordinaria sobre bienes inmuebles.** Si se tiene título y buena fe, se requieren diez años de posesión entre

presentes y veinte entre ausentes. La distinción, pensada para los tiempos en que se promulgara el Código Civil, sigue en pie en nuestros días pese a todo, por lo que frente a los diez años que se requieren para el supuesto más típico se exigen veinte para usucapir un bien propiedad de quien se encuentra ausente o «en Ultramar», entendiéndose hoy por tal «el extranjero».

- **Usucapión extraordinaria sobre bienes inmuebles**, la cual se produce con motivo de la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni buena fe, y sin mayor distinción entre presentes y ausentes.
- A los efectos de la usucapión ordinaria, se considera **título** todo aquel que tiene por objeto atribuir el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real cuyo contenido natural incorpore posesión, el cual, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, no puede producir, sin embargo y por un defecto de legitimación –un defecto relativo a la necesaria aptitud dispositiva del transmitente (o constituyente)–, la atribución deseada.

Exactamente, para ser apto para la usucapión ha de ser como sigue:

- **Justo**. Es justo título el que produciría la transmisión y adquisición del dominio de no mediar el vicio o defecto que la prescripción está llamada a subsanar.
- **Verdadero**, esto es, de existencia real. Por no tener este requisito carecen de idoneidad para la prescripción el **título simulado** (al menos, cuando la simulación sea absoluta, pues si es relativa, podrá valer el verdadero que se oculta bajo la simulación) y el **título putativo** (que es el que se cree tener pero que en realidad no existe).
- **Válido**, requisito que no debe entenderse en el sentido de que el título reúna todas las condiciones para producir la transmisión del dominio, sino que alude a la necesidad de que sea un título que bastaría para transmitir el derecho si el transmitente fuera propietario o, siéndolo, no careciera al momento de poder de disposición. Este sería el único vicio del título susceptible de purgarse por vía de usucapión. Por lo que, a salvo de que el vicio sea el referido, el título nulo por otro motivo no valdrá para la usucapión ordinaria, sirviendo, no obstante, el anulable, por razón lógica de apariencia, mientras no sea anulado por quien puede ejercitar la acción de nulidad.

- **Probado**, en tanto que, a diferencia de la buena fe, no se presume, ha de probarse.
- Por su parte, la **buena fe** del poseedor implica la creencia o persuasión de la regularidad en su adquisición, o lo que es lo mismo, la ignorancia del vicio que la acompañe. La buena fe se presume siempre y debe mantenerse para gozar del beneficio que significa el abreviado plazo, durante todo el lapso de la usucapión ordinaria.
- En el supuesto más común del dominio, el efecto fundamental de la usucapión es la adquisición de la propiedad por el usucapiente, que, al ganar el dominio, tiene a su favor acción para reclamarlo y excepción para oponerse a las reclamaciones de los demás, especialmente, del *vetus dominus*. La usucapión se produce *ipso iure*, adquiriéndose el dominio sin necesidad de declaración judicial al respecto. Sin embargo, su constatación judicial será imprescindible para inscribir el derecho del usucapiente en el Registro de la Propiedad, no pudiendo tampoco hacerla valer si no es alegada en el trámite oportuno por el interesado.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

- a) No se pueden adquirir por usucapión aquellos derechos reales que en su contenido típico no comportan posesión.

- b) Quien ha entrado en un inmueble como tenedor puede invertir el concepto por el que posee, pasando a ser poseedor civil, poseedor *ad usucapionem*, mediante sus propios actos.
- c) No son usucapibles las servidumbres continuas y aparentes.
- d) Los bienes afectados a un servicio público resultan imprescriptibles.

Enunciado 2

Para llegar a usucapir es necesario, en todo caso:

- a) Tener un título que justifique poder alegar consolidada después de la adquisición.
- b) Ser tenedor de la cosa.
- c) Gozar de la posesión civil de la cosa.
- d) La conciencia de obrar conforme a derecho, la buena fe.

Enunciado 3

Sabiendo de las disputas sucesorias por las que atraviesan los herederos de quien todavía aparece en el Registro de la Propiedad como propietario, Pedro entra en la finca La Estrella el 31 de enero de 1980, cuidando de no ser visto. A los tres meses empieza a mostrarse públicamente, a cultivar y mejorar sus tierras. Tal es así que, en 1988, su vecino Manuel, creyéndole dueño, le propone comprarle el terreno para agrandar el propio. Ambos firman un documento privado de venta, a cuya continuación Manuel toma posesión de la finca y Pedro se ausenta, sin ser visto nunca más. Cuatro años después, aparece Tomás, uno de aquellos herederos, quien expulsa a Manuel.

- a) Califica la posesión de los sujetos implicados en el supuesto.
- b) ¿Cómo le recomendarías defenderse a Manuel?
- c) ¿Quién era propietario al tiempo de la expulsión?
- d) ¿Tuvo efectos interruptivos la expulsión respecto del plazo que se requiere para usucapir?

Enunciado 4

La usucapión:

- a) Opera desde que se declara judicialmente.
- b) Opera automáticamente al cumplirse los presupuestos legales previstos para ella.
- c) Opera automáticamente, al cumplirse los presupuestos legales, sin que quepa renunciar a ella una vez se haya logrado adquirir por su medio el derecho real de que se trate.
- d) Es susceptible de renuncia anticipada.

Enunciado 5

Pedro, titular registral del dominio sobre un inmueble, lo vende en documento privado a Bartolo, con inmediata entrega de la posesión a su favor. Pasados doce años, Pedro vende en escritura pública a Claudio el mismo inmueble, quien inscribe su título a los pocos días.

- a) ¿Adquirió por usucapión Bartolo el dominio sobre el inmueble?
- b) ¿Resultaría oponible el derecho de Bartolo frente a Claudio?

Solución 1

- c) No son usucapibles las servidumbres continuas y aparentes.

Solución 2

- c) Gozar de la posesión civil de la cosa

Solución 3

- a) Junto al resto de herederos, Tomás es al principio del supuesto, antes de que Pedro irrumpa en la finca, poseedor civil *ex lege*, esto es, poseedor civilísimo (art. 440 del CC). Al transcurrir un año de Pedro en la finca, pierde la posesión, por mucho que no supiera de la existencia de la usurpación de Pedro. Luego, cuando expulsa a Manuel, se hace poseedor civil, en concepto de dueño, inmediato, de mala fe y vicioso.

Pedro es poseedor civil, en concepto de dueño, inmediato, de mala fe y vicioso.

Manuel es poseedor civil, en concepto de dueño, inmediato y de mala fe; este último punto, el de su mala fe, podría discutirse en cuanto el caso nos dice que Manuel no supo al comprar la finca que no era propiedad del vendedor. Pero la buena fe no es un mero estado intelectual o psicológico sino también ético, componente con el que Manuel no habría cumplido pues con una simple consulta al Registro de la Propiedad le hubiera bastado para conocer que Pedro no era propietario. Se trataría de un comportamiento exigible a cualquier persona medianamente diligente antes de comprar un bien de valor.

- b) A través del pertinente interdicto de recuperar la posesión que se tramitará por el trámite abreviado de los juicios verbales (art. 250 de la LEC). Del interdicto saldrá triunfante por las reglas por las que se resuelve la materia interdictal: el despojado acreditará su posesión, que el demandado lo ha despojado y continúa en la posesión y no ha transcurrido más de un año desde la desposesión.
- c) Este es el punto donde se debe comprobar si se han cumplido los presupuestos para la usucapión; por los tiempos que maneja el caso, es evidente que a

lo sumo se estará tratando de la usucapión ordinaria, pues la extraordinaria necesita de treinta años.

Se debe repasar, aquí, por tanto, la concurrencia de los requisitos para que opere la usucapión en la modalidad referida, a saber:

- Existencia de un título justo, verdadero y válido. Aquí, el contrato de compraventa, título que, aunque formalizado en documento privado, conduciría a la propiedad, si no fuera porque el transmitente no era propietario (defecto de legitimación, defecto que la usucapión trata precisamente de convalidar).
- Posesión civil, nunca tenencia. Manuel posee civilmente y en concepto de dueño.
- Buena fe. Manuel, como arriba se ha apuntado, carece de buena fe.
- Tiempo. Diez años (y no veinte pues estamos entre presentes): Manuel en el caso solo habría estado cuatro años, no pudiendo sumar el tiempo de posesión precedente de Pedro, a los efectos, se reitera, de los diez años exigidos para la usucapión ordinaria, ya que la posesión de Pedro habría sido de mala fe.

En suma, todavía serían Tomás y el resto de herederos propietarios de la finca.

- d) Conforme sabemos y expresa el artículo 460.1.º del CC, la expulsión de la finca no supone la pérdida de la posesión, en tanto siga vigente el *ius possessionis* del despojado; el despojo hasta que no transcurra un año carece, por ello, de efectos interruptivos (art. 1.944 del CC). Y es precisamente durante ese año que el despojado podrá solicitar la reintegración en el estado posesorio. El triunfo de Manuel en el interdicto presentado durante ese lapso incorporaría que las cosas volvieran a su ser sin restarse en modo alguno el tiempo entre la expulsión y la reintegración posesoria a Manuel ordenada por el juez en el interdicto.

Como variante –que como hemos resuelto no surge del caso–, podría señalarse que si Manuel al tiempo de la expulsión hubiera llegado a adquirir el bien por usucapión, por cumplirse exactamente el tiempo necesario al efecto, sería propietario y entonces en modo alguno podríamos hablar de interrupción. Es este un concepto que por esencia solo se predica de una usucapión en curso, no consolidada.

Solución 4

- b) Opera automáticamente al cumplirse los presupuestos legales previstos para ella.

Solución 5

- a) No. Bartolo es propietario por haber cumplido exactamente con todos los requisitos del título y el modo como sistema adquisitivo de carácter derivativo y entre vivos. Así, adquirió del propietario, era capaz para adquirir (el caso no nos dice lo contrario), tiene título (compraventa, aún en documento privado), modo (se le hizo entrega de la cosa)... Es verdad que no inscribe, pero la inscripción por principio en nuestro ordenamiento no hace a la constitución de las mutaciones jurídico-reales.

En su caso, por tanto, no existiría defecto alguno que evitara la transmisión desde un primer momento; no habría, específicamente, defecto de legitimación en la persona del transmitente que la usucapión llegado el caso hubiera de convalidar.

- b) El hecho de que la transmisión efectiva operada a favor de Bartolo no fuera inscrita provoca con el tiempo, pasados doce años que Pedro se ampare en la apariencia registral de ser todavía propietario para vender la cosa a un tercero, Claudio. El problema parecería quedar resuelto por el artículo 1.473 del CC, quien ante casos similares a este dice que el primero en inscribir debe considerarse preferente. Sin embargo, debería traerse a colación aquí cuanto se vio en la Unidad didáctica 3 en relación con la buena fe como elemento de consideración común dentro de nuestro sistema de adquisición de los derechos reales. La inscripción no salvaría la falta de buena fe por parte del segundo comprador que hubiera podido saber de la primera venta con motivo del reconocimiento que del estado físico conviene y suele hacerse de la finca que se desea adquirir.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La usucapión*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Madrid: Dykinson, 2003.

MORALES MORENO, A.M.: *Posesión y usucapión*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, C.: *Lecciones sobre posesión y usucapión*, Madrid: Dykinson, 2002.

Avanzada

ALAS, L.; BUEN, D. de y RAMOS, E.: *De la usucapión*, Madrid, 1916.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: «La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión», *Revista de Derecho Privado*, 1943, pág. 593 y ss.

OSSORIO SERRANO, J.M.: «La usucapión liberatoria», *Revista de Derecho Privado*, 1982, pág. 339 y ss.

UNIDAD
DIDÁCTICA

6

DOMINIO Y PROPIEDAD

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Concepto
2. Fundamentos
3. La propiedad en el Código Civil
4. Tratamiento constitucional
5. Características
6. Límites y limitaciones al dominio: especial consideración de las relaciones de vecindad
7. Acciones que protegen el dominio
 - 7.1. La acción reivindicatoria
 - 7.1.1. Concepto
 - 7.1.2. Requisitos
 - 7.1.2.1. Legitimación activa
 - 7.1.2.2. Legitimación pasiva
 - 7.1.2.3. Objeto
 - 7.1.2.4. Prueba
 - 7.1.3. Efectos
 - 7.2. La acción declarativa del dominio
 - 7.3. La acción negatoria

- 7.4. La acción real registral
- 7.5. Las acciones de deslinde y amojonamiento
- 7.6. La acción preparatoria
- 7.7. Las acciones de daño temido o cautelares
- 7.8. Las acciones posesorias

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Teóricamente, pocos temas de la asignatura reflejan las amplias connotaciones políticas, sociales, económicas y hasta antropológicas que el que ahora se presenta. La propiedad supone un concepto esencial que puede explicarse con enfoques bien distintos, por lo que en esta Unidad nos exigiremos centrarnos muy especialmente en los aspectos puramente jurídicos que suscita la propiedad, evitando entrar en mayores polémicas.

La propiedad, hoy constitucionalmente perfilada, sería el género del que el dominio como derecho real pleno se antojaría especie principal. A partir de tan elemental distinción, y luego de apreciar la dificultad de su unidad de régimen en atención a la distinta naturaleza de bienes objeto, nos adentraremos sucintamente –dado nuestro mentado propósito– en el problema del fundamento de este derecho. A continuación detallaremos sus caracteres así como la necesidad de apreciar el patrón de la función social como elemento estructural de su contenido, terminando con una cuestión de gran utilidad: las acciones que prevé el ordenamiento para la protección del dominio, con especial desarrollo de la reivindicatoria, por su considerable mayor interés práctico.

1. CONCEPTO

En acepción muy básica, la **propiedad** es el derecho máximo que una persona puede ostentar sobre un bien patrimonial. En el Derecho romano se consideraba como el derecho constituido sobre cosa corporal que agrupaba el conjunto de facultades materiales que sobre ella podrían incidir: así, los *iura utendi* (derecho de usar), *fruendi* (de percibir los frutos), *abutendi* (de abusar, en acepción más que dudosa), *possidendi* (de poseer), *alienandi* (de enajenar), *disponendi* (de disponer) y *vindicandi* (y de reivindicar).

Nuestro Código Civil abrevia el siempre tan genérico elenco de facultades al definir la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», teniendo acción el propietario «contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla» (art. 348).

Del concepto sobresale la amplitud de goce, la máxima amplitud de goce, que caracteriza a la propiedad, pero sobre todo la facultad de disposición, material y jurídica, que hace al tipo. Aquí reside el núcleo esencial del derecho en cuanto tal: la determinación del destino económico de la cosa con libertad solo corresponde al propietario. Es el derecho de gozar, esto es, de hacer de ella el uso que mejor nos parezca; de mudar su forma, de enajenarla y hasta destruirla, en cuanto a esto no se opongan las leyes. La propiedad de una cosa nos da derecho sobre todo lo que esta produce y sobre todo lo que se incorpore, acceda a ella, sea por nuestra obra o, incluso, la de otro (cfr. art. 358 y ss. del CC).

En todo caso, la definición del Código solo se centra en una clase de propiedad, en la propiedad como derecho real, que es aquella que recae sobre bienes corporales. A esta propiedad prototípica se la llama **dominio**. La inmediata referencia a la posesión cuya reintegración podrá pedir el propietario empleando la acción por excelencia en defensa del dominio, la reivindicatoria, es argumento decisivo al respecto, amén de todos los demás artículos que le siguen en el Código, pendientes, como se dice, de la condición material del bien del que se es dueño. Así pues, no toda propiedad es dominio, pero este constituye una principalísima especie dentro de la propiedad.

Si el dominio es la propiedad sobre bienes corporales, es propicio advertir en este momento sobre la diversidad de derechos de propiedad existentes, tantos, casi, como categorías de bienes existen. En otras palabras, el derecho de propiedad no responde, antes bien, elude la unidad de régimen.

Precisiones

Se omite aquí referencia alguna a la propiedad pública, centrados como estamos en la propiedad privada. Su régimen, verdaderamente diferenciado, se encuentra recogido en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Y ello a reserva de que existen ciertos bienes públicos, los patrimoniales, que por no estar, como los demaniales, afectados al uso o a un servicio público, pueden quedar regulados en ciertos aspectos por las normas del Derecho común.

En primer lugar, y como se ha hecho, corresponde distinguir el derecho de propiedad sobre bienes corporales, con el influjo que la posesión sobre ellos habrá de traer consigo, de la que se reconoce sobre bienes inmateriales. La **propiedad intelectual** y la **propiedad industrial o comercial** presentarían una serie de especialidades difíciles de compaginar con los derechos reales, como sabemos.

En segundo lugar, aun siendo el objeto corporal, muchas serían las diferencias entre la **propiedad mobiliaria** de la **inmobiliaria**; así, en el régimen para su transmisión, publicidad, prescripción (usucapión), accesión, etc.

Pero, a su vez, y en tercer lugar, con respecto a la propiedad inmobiliaria, nada tendría que ver la **propiedad rural** o agraria, mucho menos intervenida en cuanto al ejercicio de sus facultades por el propietario, con la **propiedad urbana**, sometida al imperio del complejo Derecho urbanístico y a las naturales restricciones, civiles y administrativas, exigidas por la convivencia en inmediata contigüidad.

2. FUNDAMENTOS

Como fundamento de la propiedad, que Rousseau, en exaltación, proclamaba el más sagrado de todos los derechos del ciudadano, se alegan la ocupación, el trabajo, la

satisfacción de las necesidades humanas, la mayor producción de riqueza, la conveni-
ción y la ley. Bentham, ardoroso partidario de esta última teoría, exclamaba: «La pro-
piedad y la ley han nacido juntas y juntas morirán. Antes de las leyes no hay propiedad;
quitad las leyes y toda la propiedad cesa».

Situándose en oposición doctrinal, todas las teorías socialistas o comunistas com-
baten la propiedad y sus males en mayor o menor medida, por convertirla en mono-
polio de los menos y arma poderosa de explotación de los más. La culminación de
esta tendencia se halla en las vibrantes palabras de Proudhon: «La propiedad es un
robo».

Como sabemos, esta última tendencia se encuentra superada. Más allá, de lo que
no cabe duda es que el fundamento de la propiedad, es decir, la razón de su institucio-
nalización como derecho, no requiere de los esfuerzos dogmáticos que nos ha exigido
la posesión, en cuanto el dominio pareciera, como también llegara a decir el genio de
Radbruch, «el único derecho real conceptual y legalmente indispensable». La pro-
piedad en sí misma es, pues, *obra de la ley civil*, lo que significa un estadio avanzado
en la historia del hombre: *la propiedad es signo inequívoco de civilización*; sin ella
esta no existiría. Antes del establecimiento de las leyes, dirá Escribano, «el hombre no
tenía sobre las cosas que ocupaba más derecho que el de la fuerza con que las defen-
día y conservaba, hasta que un rival más fuerte le privaba de ellas; de suerte que las
cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban por la posesión y se perdían con
la pérdida de esta. En medio de un estado tan precario vino la ley civil y estableció
cierto vínculo moral entre la cosa y la persona que la había adquirido; vínculo que
ya no pudo romperse sin la voluntad de la persona, aun cuando la cosa no estuviese
en su mano. Este vínculo era el derecho de propiedad, distinto e independiente de la
posesión; de modo que desde entonces pudo uno ser propietario sin poseer la cosa y
poseerla sin ser propietario».

Dicho esto desde un aspecto puramente objetivo, si se prefiere hasta positivo, la
propiedad también hallaría cumulativo fundamento –lo que su contemporáneo proceso
de internacional constitucionalización no habría hecho más que certificar– en la *perso-
nalidad del individuo*, en el dato de que difícilmente la persona puede realizarse en so-
ciedad si no cuenta con los medios materiales imprescindibles para ello, no sirviendo la
posesión más que limítimamente al efecto. Sin duda, se pretende aludir con ello a la raíz
natural del derecho de propiedad, que es atributo inherente y consustancial a la persona,
conquista histórica para el mundo de los revolucionarios franceses. Sin propiedad no ha-
bría libertad posible, se dirá desde esta perspectiva.

Precisiones

En la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 2 de octubre de 1789 por la convención francesa, tras la afirmación en su primer artículo de que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», en el siguiente se establecía la propiedad, junto con la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, «como derecho natural e imprescriptible del hombre». Y tras explayarse sobre otros aspectos de trascendencia política, jurídica y social, en el artículo 17 —el postrero de la Declaración— se disponía que «siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, no puede privarse de él a nadie, salvo cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, justificada por los medios legales, y previa una indemnización equitativa».

3. LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Las ideas de los republicanos franceses acerca de la propiedad privada fueron mantenidas por su antítesis política, el cesarismo napoleónico. Bonaparte, que participa en las discusiones fundamentales del Código Civil que llevaría su nombre por sancionarlo, autoproclamado ya emperador, inserta en el articulado aquella concepción, en concreto en su artículo 544, que todavía hoy expresa lo siguiente:

«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.»

Frente a las denostadas prácticas del feudalismo, se inserta así, y reviviendo en cierto modo cuanto ya en Roma se reconociera, una concepción netamente individualista de la propiedad. Este liberalismo dominical será la influencia fundamental a la hora de redactarse nuestro Código Civil, donde la propiedad, en la conocida síntesis expuesta por los profesores Díez Picazo y Gullón, se presentaría ajustada a las siguientes cinco características básicas:

- En primer lugar, y como se ha dicho, destaca el consabido **signo liberal individualista**. Ante todo, la propiedad es propiedad individual, siendo muy escasas las propiedades colectivas (en consonancia con el proceso de desamortización anterior incluso al Código) y las propiedades nacionales o nacionalizadas (cfr. la enumeración de bienes de dominio público del art. 339 del CC).

- En segundo lugar, hay en el Código un **agrarismo fundamental**. «La propiedad es propiedad de la tierra y propiedad destinada a la explotación agrícola de la tierra. Este fundamental agrarismo se opone no solo al carácter en cierto modo extraño que tiene la propiedad urbana y la propiedad industrial (por ejemplo, arts. 1.404, párr. 2.º; 1.056, etc.), sino también a la economía ganadera, que había sido tradicional en una gran parte de la Península (por ejemplo, art. 388)».
- En tercer lugar, se encuentra el **absolutismo de la propiedad**. «La propiedad llega hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra. El propietario de un terreno» dice el artículo 350 «es propietario de la superficie, entendiendo por superficie todo lo que está sobre o por encima de la tierra. Al mismo tiempo y por la misma razón, el propietario del suelo se hace propietario de todo lo que aparece adherido al suelo»: *superficie solo cedit* es la regla (cfr. arts. 358 y 359 del CC).
- Hay, además, continúan advirtiéndolo nuestros autores, lo que puede llamarse una **defensa del statu quo frente a la dinámica de las transformaciones económicas**. «La protección del statu quo de la propiedad es perfectamente llamativa, incluso frente a aquellas actividades que pueden engendrar una creación de riqueza y utilidad social. Las obras y las plantaciones pertenecen al propietario. Cuando su autor es un tercero, aunque sea de buena fe, no tiene más derecho que el consistente en el resarcimiento del gasto (arts. 359 a 361). Algo análogo ocurre con las mejoras introducidas por el poseedor de buena fe, quien queda a expensas de la voluntad del que le vence en la posesión para que le abone una indemnización justa (art. 453). Peor todavía es la condición de los usufructuarios y arrendatarios, quienes no tienen derecho a indemnización por las mejoras y ostentan únicamente el derecho de retirarlas, si es posible hacerlo sin detrimento de los bienes, de manera que la inversión de capital debe ser económicamente compensadora durante el tiempo de duración de la relación de disfrute, y compensadora únicamente a través del incremento de la utilidad del bien».
- Finalmente, **la propiedad del Código Civil es una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio**, es una propiedad naturalmente desvinculada. «Se trata de suprimir las trabas y los obstáculos que impidan su libertad de tráfico, de modo que el propietario pueda, en todo momento, convertir en dinero su propiedad. Esta libre convertibilidad de la propiedad en dinero crea y fomenta el mercado de propiedades, que en el régimen de la propiedad amortizada, amayorazgada o vinculada no existía. La propiedad es un bien de mercado y es el mercado quien le proporciona su verdadero contenido económico».

4. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

Pero las transformaciones sociales, políticas y económicas habidas desde la aprobación del Código Civil habrían de venir, en la nueva conciencia despertada sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, a sostener una nueva concepción acerca del derecho de propiedad. Del estado liberal se pasó al estado social de modo que la propiedad ya no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, sino claramente condicionado por su **función social**, por el bien común. Así lo declaran los textos internacionales y el artículo 33 de nuestra Constitución, precepto cuyo tenor exacto es el siguiente:

- «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

En la Constitución, la propiedad –que en su acepción genérica, como ya viéramos en el último epígrafe de la Unidad didáctica 1 supone la contemplación de cualquier derecho patrimonial de titularidad particular– se reconoce como un derecho del ciudadano, no como un derecho fundamental, condición rebajada para lo que habría significado históricamente, lo cual se manifiesta en un marco de protección inferior al de los derechos previstos en los artículos 15 a 29 del texto constitucional. En cuanto derecho no se encuentra, en consecuencia, protegido a través del recurso de amparo ni de la tutela preferente y sumaria ante jueces y tribunales *ex* artículo 53.2 de la Constitución española, ni requiere que su regulación esencial se haga por ley orgánica. A su favor la que opera es la reserva de ley ordinaria (cfr. art. 53.1 de la CE), marco normativo en el que el legislador concretará de qué modo habrá de operar la función social según la clase de bienes que sea; patrón que, lejos de considerarse una limitación externa al propio derecho, se erige en elemento configurador interno, como ha venido declarando insistentemente el Tribunal Constitucional sobre el particular, comenzando por su Sentencia 31/1987:

«La referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ám-

bito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.»

Precisiones

Quede claro que si la propiedad privada engloba desde el precepto citado de la Constitución cualquier otro derecho susceptible de valoración patrimonial y atribución particular, como decíamos en la Unidad didáctica 1, la función social, en los términos referidos, se predicaría igualmente de estos otros derechos, al igual que la garantía indemnizatoria a la que se refiere la norma en su apartado tercero para el caso de privación por causa de utilidad o interés público. Que se estudie aquí y ahora responde solamente a una idea meramente metodológica, en coherencia a como se nos presenta la cuestión desde la Constitución.

Y sobre el contenido esencial del derecho, que el legislador deberá respetar en todo caso a la hora de abordar su regulación, en el mismo fallo el Tribunal Constitucional habría de vincular tan indeterminado concepto con «la reconocibilidad de cada tipo o derecho dominical en el momento histórico de que se trate, y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario puedan ir más allá de lo razonable».

5. CARACTERÍSTICAS

En la Unidad didáctica 1, a la hora de clasificar los distintos derechos reales, nos acercábamos al dominio a partir de las notas de exclusividad, plenitud y perpetuidad. Es momento este de profundizar en ellas, siguiendo el planteamiento de Lacruz que suma otras con un relieve más moderno. En suma, son los siguientes las características y los atributos del dominio:

- **(Vocación de) generalidad.** Es la nota a la que nos hemos referido en cuanto plenitud. La propiedad, dice Lacruz, comprende, *in genere* y con las particularidades que suscite la eventual vigencia sobre ella de uno o más gravámenes, todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, sin excepción: las actuales y las que puedan surgir en un futuro sin necesidad de definir las o caracterizarlas. Es imposible, y hasta inútil, hacer una enumeración completa e individualizada de tales poderes, que varían según la época y el objeto; precisamente por ello, es que «la propiedad se distingue de los otros derechos reales en que, mientras es posible, dentro de ciertos límites, un catálogo de las facultades inherentes a cada uno de esos otros, no puede decirse lo mismo de la propiedad». De ahí, como apreciábamos en la Unidad 1, que se confunda en el lenguaje común y cotidiano el dominio con la cosa misma, y digamos que «esta u otra cosa es mía», mientras que lo correcto sería decir que sobre ella tenemos el derecho de dominio o la propiedad.

Así concebida, la nota de generalidad se concreta en un importante aspecto práctico: la presunción de libertad del dominio, de modo que quien alegue que se encuentra limitado por un gravamen será el que tenga que demostrarlo.

- **Abstracción.** El derecho de dominio sigue siendo tal por muy gravado que se encuentre, aun ese estadio en que se llama nuda propiedad, o aun cuando se encuentre afectada la facultad de disponer del propietario por mediar legítima prohibición, convencional o judicial, al respecto. En ambos casos, no se dejaría de ser propietario. «Este núcleo irreductible del dominio no es una entequeia o un ente de razón, porque el señorío comprende siempre un mínimo de contenido sustancial del cual no puede desprenderse el titular sin perder la propiedad misma», esta razón explica que todas esas graves limitaciones necesariamente deriven en temporales, frente a la perpetuidad del dominio. No podría haber así usufructo perpetuo, ni limitación indefinida de la facultad de disponer.

- **Elasticidad.** Ya conocemos esta característica, porque también en la Unidad didáctica 1 hablamos de ella con una cita de Ahrens. El dominio es elástico, no porque no pueda ser limitado y hasta suspendido en su actual ejercicio respecto de algunas de sus facultades características sin dejar de ser dominio, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa, de forma que el propietario pasará de inmediato, es decir, automáticamente, al pleno ejercicio de esas facultades comprimidas, temporalmente limitadas, en cuanto se extingan por cualquier causa aquellas limitaciones a su derecho.
- **Exclusividad.** Salvo en régimen de condominio, no cabe concurrencia de propietarios respecto de una misma cosa. Lo singular del dominio es que, comportando tendencialmente las facultades más amplias sobre la cosa, cuando no se encuentra gravado, esto es, cuando es libre o perfecto, «no deja lugar a la influencia de otro sujeto cualquiera, y por tanto permite excluir a todos».

Y aun en el régimen del condominio, la exclusividad del dominio importa que no quepa, al estilo de las obligaciones y los créditos solidarios, que los condóminos se manejen cada uno como dueño exclusivo y único, «pues esa modalidad, ilógica y carente de sentido, no se puede incluir en el elenco de los derechos reales de nuestra legislación». No cabría una especie de «dominio solidario», entonces. Pero, sin duda, esto es algo que comprendemos más fácilmente cuando lleguemos a la Unidad didáctica siguiente.

- **Perpetuidad.** Esta quinta y última nota significa que el derecho de dominio no depende de la vida del titular; «al contrario, está llamado a durar sin límite de tiempo entre las manos de los sucesivos dueños mientras siga existiendo físicamente el objeto sobre el que recae. Es más: aun pereciendo la cosa por envejecimiento o por accidente, la perpetuidad del derecho se manifiesta en la pertenencia de los restos, de los vestigios, al antiguo titular de la cosa destruida».

Por tanto, la propiedad es imprescriptible por mera falta de uso; será necesario que otro llegue a usucapir el dominio sobre la misma cosa para que llegue a perderse.

6. LÍMITES Y LIMITACIONES AL DOMINIO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

Aun desde su perspectiva netamente individualista y liberal, el Código Civil admite la existencia de restricciones y limitaciones al dominio desde la propia definición que

ofrece de él. Hablando con rigor, sin embargo, se han de distinguir los **límites** (también restricciones o delimitaciones legales), que son el punto o frontera normal hasta donde llega el poder de cualquier propietario, de las **limitaciones**, que procedentes de diversas y variadas causas, resultan externas al estatuto del derecho de propiedad como tal, mer-mándolo en su potencia.

Las consecuencias más importantes que se desprenden de la distinción radican en que los límites, por configurar el régimen normal de la propiedad, no exigen prueba alguna ni acto especial de imposición, pues se ordenan bajo un régimen de generalidad e igualdad (todas las propiedades que reúnan las condiciones a las que la normativa de turno aluda habrán de quedar por igual afectadas), mientras que las limitaciones exigen un acto especial de imposición relativo a la cosa a que se refieren y han de ser probadas, pues la propiedad se presume libre, y darán derecho a indemnización si es que corresponde su imposición contra la voluntad actual del propietario (como ocurre con las llamadas servidumbres legales, forzosas o coactivas). Y es que tan limitación del dominio será el usufructo que constituya el propietario en favor de su hijo como la servidumbre que le exija el vecino para salir al camino público si es que su fundo ha quedado enclavado (cfr. art. 564 y ss.).

EJEMPLO 1

Es límite típico la restricción que existe para el propietario de construir a *piacere* en la urbe; esto no es posible. Todo propietario lo será, pero para construir necesitará del oportuno permiso habilitante, de la correspondiente licencia, siempre que su pretensión edificadora cumpla y se encuadre dentro del respectivo plan urbanístico. Es *limitación*, en cambio, la servidumbre legal que se puede imponer con base en el artículo 557 del CC, según el cual «todo el que quiera servirse del agua de que pueda disponer para una finca suya, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños». También una prohibición de disponer por su carácter singular, hasta excepcional respecto del régimen del dominio, supondría en toda regla una limitación a su estatuto.

De las servidumbres legales nos ocuparemos con detenimiento en la Unidad 9, donde volveremos a reproducir, por su importancia, estas ideas. Por ahora ha de quedar claro que son limitaciones –de aplicación particular y de constitución exigible pero indemnizable–, algo que no sucede tratándose, sin ir más lejos, de las llamadas relaciones de vecindad.

Efectivamente, son las **relaciones de vecindad** el prototipo de limitaciones, restricciones legales aplicadas *entre inmuebles*.

Según Albaladejo, en estas relaciones el derecho de cada propietario colindante a obrar de forma absolutamente libre en su propiedad podría producir perturbaciones y molestias, a veces exageradas, al propietario u ocupante de la vecina y por ello se restringe la libertad de cada uno en beneficio de ambos. Dicho a la inversa: cada propietario puede hacer dentro de su propiedad lo que quiera, pero si causa perturbaciones o molestias al vecino, debe limitar su actuación para evitarlo.

Por ello señala la doctrina que las relaciones de vecindad son el conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de fundos vecinos para hacer posible el mejor ejercicio del derecho de propiedad. Son, pues, notas características de dichas relaciones la reciprocidad y la igualdad de las mismas.

Precisiones

La idea central de las relaciones de vecindad es que un propietario no puede realizar actos de ejercicio material de su derecho de propiedad que vayan más allá del ejercicio normal del derecho y que causen al vecino molestias o daños. Y, a la inversa, los propietarios de fincas vecinas deben soportar las llamadas inmisiones de imponderables en tanto no sobrepasen los límites de la tolerancia ordinaria.

El Tribunal Supremo dice que para determinar si las inmisiones se encuentran o no dentro de la «normal tolerancia» o del ejercicio normal de un derecho, habrá que atender a lo que es normalmente consentido por la costumbre y los usos sociales, dado que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina.

Las relaciones de vecindad se regulan en el Código Civil en muy diversos lugares, aunque en su mayor parte entre las servidumbres, de consuno con las servidumbres legales y mezclándose con ellas (cfr. art. 549 y ss.), algo que ha de calificarse de inapropiado. Y es que entre las relaciones de vecindad y las servidumbres legales, forzosas o coactivas existirían las siguientes diferencias, como sintetiza la doctrina:

- En tanto que las relaciones de vecindad afectan a los fundos considerados en un plano de igualdad y reciprocidad, las servidumbres colocan a uno de los fundos en la posición de dominante y a otro en la de sirviente.

- Mientras que las relaciones de vecindad imponen limitaciones internas, inherentes a los fundos, a los que se incorporan directamente por la ley, las servidumbres, aunque por ser legales se pueden imponer coactivamente, necesitan que su constitución sea exigida judicialmente.
- Las relaciones de vecindad no confieren derecho a indemnización alguna, salvo cuando se incumplen, mientras sucede lo contrario con las servidumbres legales, que lo atribuyen en favor del propietario de la finca gravada.
- Las servidumbres legales no están exentas del régimen de la prescripción y sí lo están las relaciones de vecindad, que persisten tal como las atribuye directamente la ley.

Como relaciones de vecindad, en el Código Civil pueden observarse como destacables las siguientes:

- **Vertiente natural de aguas, para recoger las que, naturalmente y sin obra del hombre, desciendan de predios superiores.** El artículo 552 del CC dispone que «los predios inferiores están sujetos a recibir la aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven».
- **Desagüe de tejados, de manera que las aguas pluviales caigan sobre suelo propio o terreno público.** El artículo 586 establece de tal modo que «el propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo».

Quedan así limitadas, con carácter permanente y recíproco, las facultades del propietario. La situación contraria es la constitución de la servidumbre, como prevén los artículos 587 y 588.

- **Luces y vistas.** Constituyen límites del derecho de propiedad las restricciones impuestas por el Código para que no puedan abrirse huecos y ventanas a menor distancia que las que prescriben los artículos 581 a 584. Entre ellos, dice, por ejemplo, el artículo 582 del CC que no se podrán «abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad». Tampoco podrán «tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia».

- **Obras y plantaciones.**

- **Obras nocivas o peligrosas.** Establece el artículo 590 del CC que «nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».
- **Plantación de árboles.** El artículo 591 del CC expresa, por su parte, que «no se podrán plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y en su defecto, a la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y a la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos o árboles bajos. Todo propietario tiene derecho a pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad.»
- **Penetración de ramas o raíces en finca vecina.** Establece el artículo 592 del CC que «si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de estos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad».

- **Inmisiones.** Lejos de los preceptos que hemos citado, en sede de responsabilidad extracontractual el artículo 1.908 del CC señala que responderán los propietarios de los daños causados:

- Por la explosión de máquinas e inflamación de sustancias no colocadas en lugar seguro.
- Por los humos excesivos y nocivos a las personas o las cosas
- Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito.
- Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas.

Precisiones

Sobre este último punto, conviene señalar la dispersión normativa de la materia y la influencia en ella de la legislación administrativa. Así, deben citarse, entre otros textos, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961; la Ley de 16 de julio de 1992 de Industria, etc. Los casos no previstos específicamente están regulados, a falta de ley y costumbre, por los principios generales del Derecho. Y el principio general que inspira nuestro Derecho en esta materia es que el propietario no está autorizado a realizar en su propia cosa aquellos actos que den lugar en la propiedad del vecino a una inmisión superior a lo tolerable, y ello a tenor de los reglamentos, usos y teniendo en cuenta, esencialmente, las particulares circunstancias del caso.

7. ACCIONES QUE PROTEGEN EL DOMINIO

La propiedad como derecho subjetivo y real pleno aparece protegida por una serie de acciones tendentes a reprimir las violaciones o perturbaciones de que pueda ser objeto. Algunas de ellas son exclusivamente del propietario, como por excelencia la reivindicatoria, siendo imprescindible probar la titularidad dominical; otras pueden ser utilizadas por otros titulares de derechos reales, como, por ejemplo, las posesorias. Menos estas, por su conocida enorme especificidad. Así las cosas, se tratarán aquí todas las acciones ejercitables por el propietario de una manera sistemática y con independencia de que aquella concreta de que se trate puede ser empleada a sus efectos por el titular de otro derecho real distinto al de dominio.

7.1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

7.1.1. Concepto

Como sabemos, en su segundo párrafo el artículo 348 del CC dispone ya que «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla», señal inequívoca de que es la acción por antonomasia en cuanto a la protección de la propiedad.

Del precepto se desprende que la acción tiene por objeto recuperar la posesión de la cosa, de la que se carece. Desde siempre se dice así que la **acción reivindicatoria** es *la acción del propietario no poseedor frente al poseedor no propietario*, frente a quien posee la cosa indebidamente, a consideración del propietario.

Por lo tanto, se trata de una acción real y ejercitable *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que perturbe o lesione el dominio de la cosa por el dueño; de condena y de carácter restitutorio. Y en esto se diferencia cabalmente de la acción declarativa de dominio –siguiente en este nuestro elenco– que solo persigue acallar a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga.

La reivindicatoria, dice en gráfica expresión Lacruz, es el derecho mismo de propiedad en acción, pues reacciona contra la ofensa más grave, esto es, la lesión del *ius possidendi*, y es fundamentalmente una acción recuperatoria de la posesión, aunque casi siempre se pide además la declaración de ser dueño el reivindicante.

En su finalidad, la acción va dirigida a obtener la entrega de la posesión. Es más, según la jurisprudencia, la acción que, sin reclamar el reintegro de la cosa, pretende la afirmación del derecho dominical ante quien lo desconoce, no es propia acción reivindicatoria, sino declarativa de dominio. Por tanto, en la reivindicatoria, lo único verdaderamente esencial es el reintegro de la cosa.

7.1.2. Requisitos

Con criterio, pues se trata de un cuerpo normativo de fondo, el Código Civil no contiene una regulación de la acción que estudiamos, debiéndonos remitir para el estudio de los requisitos necesarios *para que prospere* la acción a la copiosa jurisprudencia habida en la materia. Sucintamente, dichos requisitos son:

- **Dominio del actor.** Se trata obviamente de un requisito ineludible pero de prosperabilidad, no para la estimación *a limine* de la demanda; y es que precisamente sobre ello se habrá de ventilar en el juicio.
- **Posesión por el demandado.**
- **Identidad objetiva.** Identidad de la cosa poseída con la cosa que se reclama.

Más extensamente, la clásica Sentencia de 21 de febrero de 1941 dice:

«La prueba del derecho de propiedad en la acción reivindicatoria exige la demostración, por el propietario, de estos tres elementos o circunstancias:

que medie un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que consiste la propiedad; que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la relación; y que la cosa sobre la que se pretende la propiedad es aquella que es objeto o sustrato de la indicada relación; habiendo de agregarse todavía a esta demostración, cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha, la de que la persona contra la que acciona tenga la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.»

Examinemos, pues, aunque bajo distinto título, estos requisitos.

7.1.2.1. *Legitimación activa*

La reivindicatoria se interpone por quien alega ser dueño de la cosa, aunque no es preciso ser dueño único y exclusivo, por lo que puede hacerlo un comunero, remitiendo en este punto a cuanto sobre el tema veremos en la Unidad siguiente sobre la legitimación procesal cuando el bien en cuestión se encuentra en condominio.

7.1.2.2. *Legitimación pasiva*

La acción se propone frente a quien posee la cosa y, *sin derecho a conservarla*, se niega a restituirla. No prosperará, entonces, contra un arrendatario con contrato en firme o contra el usufructuario cuyo derecho se encuentre vigente, por ejemplo.

No puede ejercitarse frente a quien no posee la cosa, pues al tener un alcance recuperatorio, no se obtendría dicha finalidad, aunque la actualidad en la posesión basta con que se dé al tiempo de entablar la demanda. «Pues, piénsese que si por entregar después maliciosamente o con negligencia el demandado la posesión a otro (o deshacerse de ella de cualquier forma), pudiese cortar el procedimiento judicial o hacerlo inútil, y obligar a emprender otro contra el nuevo poseedor»; se trataría de un claro fraude que se repetiría incesantemente, enfatiza Albaladejo.

Precisiones

Ciertamente, continúa el autor, «si el demandado entrega la posesión a un tercero, el dueño, en cuanto que su cosa es poseída ahora por otro, puede ejer-

.../...

.../...

citar contra este la acción reivindicatoria. Pero, si prefiere no hacerlo, le cabe seguir el juicio contra el que la poseía al iniciarse la reivindicación; y al llegar al fin que, ante la imposibilidad de restituírsela (puesto que no cabe que se la restituya ni el demandado, que ya no posee, ni el poseedor, que al no hacerlo ha sido vencido en juicio, no puede imponérsele la restitución), se le indemnicen daños y perjuicios por el demandado». Pero como apostilla Lacruz, no podría decirse entonces que estuviéramos en el campo de la acción reivindicatoria, sino en el del resarcimiento. En su opinión, lo más práctico, en el caso, si se quiere conseguir la cosa misma, la ejecución de una eventual sentencia estimatoria *in natura*, en especie, sería demandar al nuevo poseedor y acumular la demanda al antiguo pleito.

Puede ser –pensemos en el ejemplo de la doble venta del art. 1.473 del CC, según la interpretación que hemos visto de él conforme a la doctrina plenaria más reciente y las exigencias de la buena fe en cuanto a la adquisición de los derechos reales (véase Unidad didáctica 3)– que la persona contra la que se reivindica goce de un título formal, aparentemente válido, y conste ese título inscrito en el Registro. Entonces, por una cierta razón de coherencia, la acción reivindicatoria vendría a precisar la declaración de nulidad del título y la cancelación por tal motivo, el de nulidad del título publicado, del asiento respectivo generado en el Registro de la Propiedad, lo que deberá pedir el reivindicante en el cuerpo de su demanda (acumulando a la acción reivindicatoria las de nulidad del título del demandado y de rectificación del Registro), por más que el espíritu de nuestra jurisprudencia habría venido queriendo atemperar una y otra exigencia, muy especialmente la segunda.

Precisiones

Así, aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria expresa que como consecuencia de la presunción de veracidad y de exactitud del Registro «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente», existe jurisprudencia que mantiene que esa petición se encontraría implícita en la propia acción reivindicatoria.

7.1.2.3. Objeto

La acción se dirige a reclamar una cosa concreta y perfectamente identificada, de quien la tiene en su poder y no otra distinta aunque sea de la misma especie y calidad.

Tratándose de fincas es ineludible fijar con precisión la situación, cabida y linderos de las mismas, de modo que durante el pleito no quepa duda de que lo reclamado es aquello a lo que se refieren los documentos y demás medios probatorios.

Según el Tribunal Supremo la acción es de reclamación de cosas corporales concretas y no de cosas genéricas. Son irreivindicables, pues, y por principio, los bienes fungibles; la discusión sobre estos, sobre la devolución de bienes genéricos, pertenecientes a una categoría por naturaleza sustituible (el dinero, por ejemplo) se ventilará por la acción que corresponda de carácter personal.

7.1.2.4. Prueba

La prueba ha de versar sobre el dominio del demandante y como hecho constitutivo incumbe al que lo alega, aunque cabe la contraprueba del demandado, lógicamente.

Si el reivindicante no consigue demostrar su propiedad el demandado debe ser absuelto aunque posea sin derecho.

Precisiones

Si nos fijamos bien, la cuestión está vinculada, con el supuesto de la llamada acción publiciana, siendo la conclusión perfectamente coherente con lo que hemos dicho al respecto al final de la Unidad didáctica 4.

La prueba se realiza por referencia al «acto de adquisición», demostrando que se adquirió la cosa en tiempo anterior a la demanda. Hecha esta prueba se presume la continuación del dominio en quien demostró haberlo adquirido.

Los medios de prueba de que el demandante puede usar para justificar su derecho de propiedad son todos los admitidos en Derecho porque el término técnico, título de dominio, no equivale a documento preconstituido, sino a justificación dominical. En todo caso,

existen en el ordenamiento algunas presunciones de propiedad que facilitan la prueba del dominio, casi siempre con carácter relativo. Así, el artículo 464 del CC, respecto a bienes muebles, que contiene la ya conocida regla de que «la posesión equivale al título». Pero también, la del artículo 449 del CC cuando establece que «la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deban ser excluidos». Por último, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria dispone que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo», lo que significa que con la sola presentación del certificado registral en el que conste como dueño el demandante bastará para acreditar que se es propietario, debiendo el demandado correr con la carga de impugnar la presunción registral de dominio resultante (y del asiento registral respectivo).

7.1.3. Efectos

El triunfo de la acción reivindicatoria dará derecho a la entrega al actor de la cosa reivindicada con sus accesiones y frutos, debiendo abonarse, si el poseedor vencido se demuestra que lo era de mala fe, también el importe de los frutos recibidos, de acuerdo con la doctrina y las normas sobre la liquidación del estado posesorio que conocemos (cfr. art. 451 y ss. del CC).

Si corresponde, la sentencia, a tenor de lo visto más arriba, se despachará sobre la nulidad del título formal en que hasta ese momento hubiera justificado su aparente derecho el demandado, mandando la cancelación del asiento que eventualmente se hubiera practicado a su favor en el Registro, sin lo cual el dominio del actor triunfante no podría llegar a inscribirse por más que judicialmente declarado.

7.2. LA ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO

De creación pretoriana, la llamada **acción declarativa de dominio** procede si un propietario se ve perturbado en su titularidad o teme serlo por quien se jacta de ser dueño de la cosa. En tal caso puede ejercitar una acción dirigida a verificar y comprobar, previa demostración judicial, la realidad de su título, o mejor dicho, la existencia de su derecho. Esta acción es meramente declarativa, pues a diferencia de la acción reivindicatoria no se busca por el propietario que la cosa le sea entregada, la cual puede él mismo estar poseyendo.

En cuanto a sus requisitos y prueba, reproduce esta acción las pautas vistas para la reivindicatoria en lo relativo a la demostración de la propiedad y la identidad de la cosa,

pero no en cuanto a la posesión del demandado. En este sentido, frente a la reivindicatoria, que es de condena, la acción declarativa no requiere que el demandado sea poseedor, porque no tiene carácter recuperatorio, sino que aspira como finalidad a obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, con lo que se acalla a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga.

Precisiones

Aunque discutida en su naturaleza, creo que puede verse, sino una específica expresión de la acción declarativa del dominio, una fórmula de finalidad ciertamente similar, en la tercería de dominio. Se trata de la reclamación procesal planteada en el juicio ejecutivo por un tercero –de ahí su nombre–, en cuanto persona distinta al obligado o ejecutado pero también al acreedor ejecutante, tercero que alega ser propietario de los bienes embargados solicitando que, por tal condición, queden liberados. Específicamente, en cuanto a su regulación según la Ley de Enjuiciamiento Civil, conviene precisar los siguientes puntos:

- **Legitimación.** Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de este una vez trabado el embargo. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista (art. 595 de la LEC).
- La demanda se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado, se entiende para su ejecución. En todo caso, aunque no se haya dirigido la demanda de tercería frente al ejecutado, podrá este intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería (art. 600).
- **Momento.** La tercería de dominio podrá interponerse desde que se haya embargado el bien o los bienes a que se refiera, aunque el embargo sea preventivo. El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio a la que no se acompañe el principio de prueba exigido, así como la que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta (art. 596). En modo alguno se permitirá segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera (art. 597).

.../...

.../...

- **Efectos de la admisión de la demanda y procedimiento.** La admisión de la demanda de tercería solo suspenderá la ejecución respecto del bien a que se refiera. El tribunal, previa audiencia de las partes si lo considera necesario, podrá condicionar la admisión de la demanda de tercería a que el tercerista preste caución (depósito) por los daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante. La tercería de dominio, que habrá de interponerse ante el tribunal que conozca de la ejecución, se sustanciará por los trámites previstos para el juicio ordinario (art. 599).
- **Resolución.** La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien. De estimarse la tercería de dominio, se ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y de cualquier otra medida de garantía del embargo que se haya trabado (art. 604).

7.3. LA ACCIÓN NEGATORIA

La **acción negatoria** es una acción declarativa que tiene por objeto obtener una sentencia en que se reconozca que la cosa, propiedad del actor, no está gravada por un derecho real limitado que el demandado pretende ostentar sobre ella o por cualquier otro límite o limitación al dominio del que se favorezca o pretenda favorecerse el demandado.

Para el ejercicio de esta acción al propietario le basta justificar su título de propiedad y la perturbación causada por el demandado, pretensión que no hace falta, obviamente, que sea formal, sino que basta que se derive de los hechos: por ejemplo, por pasar durante los últimos años por la finca del demandante.

Pero la prueba de la existencia del derecho real en cuestión se desplaza sobre el demandado, siendo esta la principal característica de la acción negatoria. En efecto, el Tribunal Supremo ha resuelto reiteradamente que la acción negatoria traspasa al demandado la carga de la prueba, ya que el dominio debe presumirse libre mientras no se acredite lo contrario. Por tanto, y en cuanto a la prueba, el demandante deberá probar su derecho de propiedad, correspondiendo al demandado, en su caso, la probanza de la existencia de la carga o del gravamen de que se trate.

Precisiones

La acción confesoria es la contracara de la negatoria, en cuanto destinada a la declaración del gravamen frente a la libertad, que se presume, del dominio. Pero como la acción confesoria puede ejercitarse reconviniendo el demandado la acción negatoria del propietario, el reconocimiento y la consecuente protección de una servidumbre, por ejemplo, también puede tener lugar como efecto de la acción negatoria interpuesta por el propietario de una finca contra la persona que se arrogue sobre ella el derecho a ejercitar los pertinentes actos posesorios. Desde luego, no habría sido esta la intención del dueño, el objetivo que lo llevó a accionar, sin embargo, no puede ser otra la consecuencia si el interesado probara que la servidumbre se había constituido válidamente y se encontrara vigente. Con lo que, por distintas vías —una directa, la confesoria, otra indirecta, o, si se prefiere, refleja, la negatoria— se llegaría a idéntico resultado: la declaración del gravamen. Comparando, pues, un proceso con el otro, la iniciativa variaría, los sujetos legitimados se invertirían, pero el fondo de la discusión, es decir, el objeto de la controversia sería único: la existencia o no de la servidumbre sobre la finca. Y en ambos casos quien la alegara o exceptionara correría con la carga de su prueba. En cambio, no reconviniendo formalmente el demandado en la acción negatoria, señala Lacruz, por más que se defienda *con la simple alegación de la existencia de la servidumbre*, la sentencia no podrá declarar la existencia de esta, limitándose a estimar o desestimar la demanda interpuesta por el propietario.

Así expuesta, la acción negatoria se puede dirigir no solo a que se declare la inexistencia del gravamen (meramente declarativa), sino a la reintegración de la libertad del bien, a terminar con la influencia del demandado sobre él, y por tanto a una modificación posesoria, como en la reivindicación. Siendo tal el caso, de la reivindicatoria todavía se distinguiría en que, como acción, la negatoria tendería a afirmar la libertad del bien y no a reclamar la pertenencia del mismo. El demandado con sus actos no estaría manifestando una pretensión contraria e incompatible con el dominio, con la existencia del derecho del demandante, sino con la cualidad de libre, exento del interés ejercitado o pretendido por él.

7.4. LA ACCIÓN REAL REGISTRAL

Como ya se ha dicho, aunque solo para la reivindicatoria, el propietario de una finca, declarado como tal por el Registro de la Propiedad, puede ejercitar las tres acciones anteriores con tan solo aportar la correspondiente certificación del Registro, co-

respondiéndole al demandado desvirtuar la presunción de titularidad o libertad que surge de los asientos registrales. De tal modo queda facilitada la prueba del dominio.

Pero junto a ello, el propietario inscrito se halla legitimado por su mera condición de titular registral para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe en su ejercicio y ello por el trámite del juicio verbal. Es la llamada **acción real registral** del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (LH).

Precisiones

Como se trata de una acción que se concede no solo al propietario inscrito sino a todo titular registral (por ejemplo, un usufructuario) contra quien dificulte el ejercicio material de su derecho, la acción real registral sería un buen ejemplo de esas acciones que se advertían como no exclusivas del propietario. Otras serían también la *ad exhibendum* y, por supuesto, como sabemos, las interdictales.

La acción real registral, como veremos más propiamente en la materia *Derecho civil. Derecho inmobiliario y registral*, es el correlato procesal del principio registral de legitimación, según el cual lo publicado por el Registro se presume exacto y fiel con la realidad jurídica concerniente a la finca. De tal modo que, a través de la acción se habilita un expediente de ágil tramitación, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto se considera que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento registral respectivo. Y ello al extremo de que la oposición del demandado solo podrá fundarse en algunas de estas causas, dispone el artículo 444.2 de la LEC:

- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.
- Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole si fuera el caso, y como en la reivindicatoria, en la posesión. Pero, por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, cualquiera de las partes a continuación puede promover el juicio declarativo que corresponda.

Se parece esta acción a las interdictales, por su limitación en el objeto de conocimiento y los efectos limitados de la sentencia que se dicte pero con la gran diferencia de que no existe para ella ese plazo de caducidad anual previsto para estas. El requisito fundamental es, pues, constar inscrito, con independencia de que se sea poseedor o no, o lo que es lo mismo, sin importar que se haya perdido la posesión precisamente por la posesión contraria del demandado; solo podrá evitarse el pronunciamiento favorable a los intereses del demandante a través de alguno de los motivos de oposición referidos.

Precisiones

La «acción real registral», expresa De Pablo, «deriva del hecho de la inscripción con total independencia de la real existencia del derecho que la misma publique. En ella no se dilucida, ni se discute, ni puede dilucidarse ni discutirse, si el titular registral es o no propietario (o usufructuario, enfiteuta, etc.), sino tan solo si es o no titular registral y si el derecho que su asiento publica, exista o no en la realidad, comporta o no —en abstracto— la facultad de exigir al demandado una conducta de efectucción posesoria, esto es, si integra o no en su contenido el *ius possidendi* y si este puede o no hacerse valer frente al demandado. Cabe así decir que, mientras que mediante el ejercicio de las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria se hace concordar la situación de hecho con la realidad jurídica, mediante el ejercicio de la acción registral se hace concordar la situación de hecho con la situación tabular, coincida o no esta con la realidad jurídica», que deberá ventilarse precisamente a través de alguna de aquellas acciones, y solicitando el demandante la debida rectificación del Registro conforme resulta conveniente y se ha dicho precedentemente.

7.5. LAS ACCIONES DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

Establece el artículo 384 del CC que «todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes...».

La **acción de deslinde**, frente a la reivindicatoria, requiere la exigencia de dos presupuestos: situación de contigüidad entre dos o más fincas y que haya confusión de límites, de forma que no pueda venirse en conocimiento exacto de los que corresponden a cada propiedad, no siendo viable, por tanto, cuando los predios se hallan perfectamente identificados y delimitados.

Precisiones

Si en la reivindicación, recuerda Peña, se contiene sobre la *titularidad del derecho* dado un objeto determinado, en la acción de deslinde se contiene sobre la *determinación del objeto* dado el derecho incontrovertido. La acción de deslinde presupone el dominio sobre una finca, debidamente identificada, pero respecto de la que se produce una imprecisión en los linderos. No se trata, dice, de reclamar el dominio mismo, acción esta, la reivindicatoria, que, como el derecho mismo, está sujeta a prescripción; sino de ejercitar una de las facultades inherentes al dominio, la de determinar y materializar los respectivos linderos, razón por la cual no prescribe nunca (cfr. art. 1.965 del CC), pues las facultades no prescriben nunca con independencia del derecho o, lo que es lo mismo, mientras se sea propietario. No se puede ser propietario y no contar con tal facultad a la vez.

Según el artículo 385 del CC, «el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y, a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes». «Si los títulos –continúa diciendo el art. 386 del CC– no determinasen el límite o área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales».

Distinto del deslinde es el **amojonamiento**, que refiere, en cuanto elemental concepto, a la operación material del propietario de una finca, cuando los confines con alguna de las vecinas, *si bien ciertos y determinados*, están desprovistos de señales físicas, que los hagan reconocibles. Con la acción, pensada para cuando mediara la oposición a la práctica de tal operación, o incluso la falta de colaboración por parte de alguno de los vecinos (como cuando simplemente rechazara contribuir proporcionalmente a los gastos del amojonamiento, que también a él beneficiaría), se trataría propiamente de solicitar que se le autorizara al demandante el señalamiento con hitos o mojones de la línea divisoria entre su finca y las colindantes de un modo físico y visible, si es que el problema no es en el fondo de límites, para lo cual procedería la acción de deslinde.

Precisiones

«Así, mientras la pretensión de amojonamiento se dirige a obtener la simple aposición de términos sobre una línea del confín actualmente cierta e indiscutida, la de deslinde tiene como fin determinar los límites confusos e inciertos. Aquella es eminentemente personal, porque el actor trata de conseguir la prestación de un hecho por parte del demandado, o sea el concurso de este a las operaciones y los gastos de colocación de los mojones; la de deslinde, aun cuando pueda incluir igualmente el concurso del colindante tiene un aspecto real, pues en definitiva persigue la determinación de los límites entre dos o varias fincas» (Lacruz).

7.6. LA ACCIÓN PREPARATORIA

La llamada **acción preparatoria** o *actio ad exhibendum* es aquella por la cual se trata de obtener que el poseedor muestre la cosa sobre la que se pretende ejercitar una posterior acción, con la finalidad de comprobar la identidad del objeto. Puede intentarse, pues, por el propietario con vistas a una inmediata acción reivindicatoria, por ejemplo, pero también por cualquiera que tenga la intención de demandar en relación con la cosa.

La Ley de Enjuiciamiento Civil concibe hoy esta acción como «una diligencia preliminar» de los procesos declarativos, cuando expresa que todo juicio «podrá prepararse mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio» (art. 256). Si la persona requerida no atendiese al requerimiento y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra la cosa, el tribunal ordenará la entrada y registro de dicho lugar y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o la medida de garantía más adecuada a la conservación de aquella (art. 261.3.^a).

7.7. LAS ACCIONES DE DAÑO TEMIDO O CAUTELARES

Estas acciones tratan de precaver el mal que de la construcción de una obra nueva o de la existencia de una obra en estado de ruina puede derivarse para el propietario de un fundo contiguo o los titulares de otros derechos o intereses.

En nuestro Derecho tienen este carácter:

- Las que pretenden la suspensión de una obra iniciada en inmueble vecino (obra nueva).
- Las que pretenden la demolición o derribo de obra, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande (art. 250.1.5.º y 6.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

7.8. LAS ACCIONES POSESORIAS

Como usualmente la posesión suele ser reflejo extrínseco de la propiedad, el ejercicio de estas acciones tiene en muchas ocasiones por objeto la protección de este derecho también de manera indirecta –o refleja–, de ahí que corresponda concluir con este elenco de vías de protección del derecho del propietario, a reserva, claro está, de que se cumpla con los requisitos de estas acciones, según se han detallado en la Unidad 4; de no ser así, y como sabemos, el ataque posesorio deberá contrarrestarse a través de la acción reivindicatoria o, si el actuar del demandado solo se hubiera venido cifrando en una mera perturbación posesoria, de la correspondiente acción negatoria.

Precisiones

Es la calidad del ataque posesorio el que justifique, como sucede con los interdictos, la acción que haya de corresponder en el caso. De ahí que se remita desde aquí al epígrafe 12.2 de la Unidad didáctica 4.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- La **propiedad** es el derecho máximo que una persona puede ostentar sobre un bien patrimonial. El Código Civil la define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», teniendo acción el propietario «contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla» (art. 348).

Implícitamente, la definición del Código solo aparece centrada en una clase de propiedad, en la propiedad como derecho real, que es aquella que recae sobre bienes corporales. A esta propiedad prototípica se la llama **dominio**. Así pues, no toda propiedad es dominio, pero este constituye una principalísima especie dentro de la propiedad.

- En puridad, más que de propiedad cabe hablar de propiedades, pues como ya reconoce el Tribunal Constitucional, la propia naturaleza del objeto hace variar de tal modo las características de su régimen que es difícil concebir la unidad en la materia. Así, corresponde distinguir a la luz de la diferenciación efectuada ya entre propiedad y dominio, entre una propiedad sobre bienes corpóreos de la propiedad, intelectual o industrial, que se tiene sobre bienes inmateriales e intangibles; pero aun tratándose de bienes corpóreos entre la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria, y dentro de esta, todavía, entre una propiedad agraria o rústica y la compleja propiedad urbana absorbida por el Derecho urbanístico y los condicionantes exigidos por la convivencia en la ciudad.
- En su fundamento, la propiedad supone en la historia del hombre un estadio avanzado en constituyendo signo inequívoco de civilización; sin ella esta no existiría. Significa ello que la propiedad es obra de la ley civil. Pero, la propiedad también hallaría cumulativo fundamento en la *personalidad del individuo*, en el dato de que difícilmente la persona puede realizarse en sociedad si no cuenta con los medios materiales imprescindibles para ello. Sin duda, se trata de la raíz natural del derecho de propiedad, que es atributo inherente y consustancial a la persona, conquista histórica para el mundo de los revolucionarios franceses. Sin propiedad no habría libertad posible, cabe apostillar desde esta perspectiva.

- La propiedad en el Código Civil responde, según el planteamiento de los profesores Díez Picazo y Gullón, a las siguientes cinco características perfectamente observables:
 - En primer lugar, destaca el **signo liberal individualista** con que como derecho se concibe en su regulación. Ante todo, la propiedad es propiedad individual, fuera de mayores connotaciones colectivas o nacionalizadoras.
 - En segundo lugar, hay en el Código un **agrarismo fundamental**. «La propiedad es propiedad de la tierra y propiedad destinada a la explotación agrícola de la tierra».
 - En tercer lugar, se encuentra el **absolutismo de la propiedad**. «La propiedad llega hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra. El propietario de un terreno» dice el artículo 350 «es propietario de la superficie, entendiendo por superficie todo lo que está sobre o por encima de la tierra. Al mismo tiempo, y por la misma razón, el propietario del suelo se hace propietario de todo lo que aparece adherido al suelo»: *superficie solo cedit* es la regla (cfr. arts. 358 y 359 del CC).
 - Hay, además, lo que puede llamarse una **defensa del statu quo frente a la dinámica de las transformaciones económicas**. «La protección del statu quo de la propiedad es perfectamente llamativa, incluso frente a aquellas actividades que pueden engendrar una creación de riqueza y utilidad social. Las obras y las plantaciones pertenecen al propietario. Cuando su autor es un tercero, aunque sea de buena fe, no tiene más derecho que el consistente en el resarcimiento del gasto (arts. 359 a 361). Algo análogo ocurre con las mejoras introducidas por el poseedor de buena fe, quien queda a expensas de la voluntad del que le vence en la posesión para que le abone una indemnización justa (art. 453). Peor todavía es la condición de los usufructuarios y arrendatarios, quienes no tienen derecho a indemnización por las mejoras y ostentan únicamente el derecho de retirarlas, si es posible hacerlo sin detrimento de los bienes, de manera que la inversión de capital debe ser económicamente compensadora durante el tiempo de duración de la relación de disfrute, y compensadora únicamente a través del incremento de la utilidad del bien».
 - Finalmente, **la propiedad del Código Civil es una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio**, es una propiedad

naturalmente desvinculada, en el claro y sano intento de suprimir las trabas y los obstáculos que impidieran su libertad de tráfico, con superación en este punto de las prácticas del Antiguo Régimen.

- Las transformaciones sociales, políticas y económicas habidas desde la aprobación del Código Civil habrían de venir a sostener una nueva concepción acerca del derecho de propiedad. Del estado liberal se pasó al estado social de modo que la propiedad ya no se trata de un derecho absoluto e ilimitado, sino claramente condicionado por su función social, por el bien común. Así lo declaran los textos internacionales y el artículo 33 de nuestra Constitución. Exactamente, el artículo, en su primer apartado, reconoce como derechos la propiedad privada y la herencia: a continuación, en su segundo apartado proclama su función social y en el tercero y final garantiza que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes. De tal modo se consagra a nivel constitucional el instituto jurídico de la expropiación forzosa.
- En la Constitución, la propiedad se reconoce como un derecho del ciudadano, no como un derecho fundamental, rebajada condición para lo que habría significado históricamente que se manifiesta en un marco de protección inferior al de los derechos previstos en los artículos 15 a 29 del texto constitucional. En cuanto derecho no se encuentra, en consecuencia, protegido a través del recurso de amparo ni de la tutela preferente y sumaria ante jueces y tribunales *ex* artículo 53.2 de la Constitución española, ni requiere que su regulación esencial se haga por ley orgánica. A su favor la que opera es la reserva de ley ordinaria (cfr. art. 53.1 de la CE), marco normativo en el que el legislador concretará de qué modo habrá de operar la función social según la clase de bienes que sea, función social que lejos de considerarse una limitación externa al propio derecho, se erige en elemento configurador interno, como ha venido declarando insistentemente el Tribunal Constitucional sobre el particular.
- Siguiendo a Lacruz, son cinco las características que hacen al dominio el derecho real pleno que es, a saber:
 - **Generalidad o plenitud.** La propiedad comprende, *in genere* y con las particularidades que suscite la eventual vigencia sobre ella de uno o más gravámenes, todas las facultades, aplicaciones y po-

sibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, sin excepción: las actuales y las que puedan surgir en un futuro sin necesidad de definir las o caracterizarlas. Esta nota de generalidad o plenitud, así concebida, se concreta en un importante aspecto práctico: la presunción de libertad del dominio, de modo que quien alegue que se encuentra limitado por un gravamen será el que tenga que demostrarlo.

- **Abstracción.** El derecho de dominio sigue siendo tal por muy gravado que se encuentre, aun ese estadio en que se llama nuda propiedad, o aun cuando se encuentre afectada la facultad de disponer del propietario por mediar legítima prohibición, convencional o judicial, al respecto. En ambos casos, no se dejaría de ser propietario.
- **Elasticidad.** El dominio se dice elástico, no porque no pueda ser limitado y hasta suspendido en su actual ejercicio respecto de algunas de sus facultades características sin dejar de ser dominio, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa, de forma que el propietario pasará de inmediato, automáticamente, al pleno ejercicio de esas facultades comprimidas, temporalmente limitadas, en cuanto se extingan por cualquier causa aquellas limitaciones a su derecho.
- **Exclusividad.** Salvo en régimen de condominio, no cabe concurrencia de propietarios respecto de una misma cosa. Lo singular del dominio es que, comportando tendencialmente las facultades más amplias sobre la cosa, cuando no se encuentra gravado, esto es, cuando es libre o perfecto, «no deja lugar a la influencia de otro sujeto cualquiera, y por tanto permite excluir a todos». Y aun en el régimen del condominio, la exclusividad importa que no quepa, al estilo de las obligaciones y créditos solidarios, que los condóminos se manejen cada uno como dueño exclusivo y único, «pues esa modalidad, ilógica y carente de sentido, no se puede incluir en el elenco de los derechos reales de nuestra legislación». Entonces, no cabría una especie de «dominio solidario».
- **Perpetuidad.** Esta quinta y última nota significa que el derecho de dominio no depende de la vida del titular; «al contrario, está llamado a durar sin límite de tiempo entre las manos de los sucesivos dueños mientras siga existiendo físicamente el objeto sobre el que recae. Es más: aun pereciendo la cosa por envejecimiento o por accidente, la

perpetuidad del derecho se manifiesta en la pertenencia de los restos, de los vestigios, al antiguo titular de la cosa destruida». Por tanto, la propiedad es imprescriptible por mera falta de uso; será necesario que otro llegue a usucapir el dominio sobre la misma cosa para que llegue a perderse.

- Aun desde su perspectiva netamente individualista y liberal, el Código Civil admite la existencia de restricciones y limitaciones al dominio desde la propia definición que de él ofrece. Hablando con rigor, sin embargo, se ha de distinguir los **límites** (meras restricciones o delimitaciones legales), que son el punto o frontera normal hasta donde llega el poder de cualquier propietario, de las **limitaciones**, que procedentes de diversas y variadas causas, resultan externas al estatuto del derecho de propiedad como tal, mermándolo en su potencia.

Las consecuencias más importantes que se desprenden de la distinción radican en que los límites, por configurar el régimen normal de la propiedad, no exigen prueba alguna ni acto especial de imposición, pues se ordenan bajo un régimen de generalidad e igualdad (todas las propiedades que reúnan las condiciones a las que la normativa de turno aluda habrán de quedar por igual afectadas), mientras que las limitaciones exigen un acto especial de imposición relativo a la cosa a que se refieren y han de ser probadas, pues la propiedad se presume libre, y darán derecho a indemnización si es que corresponde su imposición contra la voluntad actual del propietario (como ocurre con las llamadas servidumbres legales, forzosas o coactivas). Y es que tan limitación del dominio será el usufructo que constituya el propietario en favor de su hijo como la servidumbre que le exija el vecino para salir al camino público si es que su fundo ha quedado enclavado (cfr. art. 564 y ss.).

- Son las **relaciones de vecindad** el prototipo de limitaciones y restricciones legales aplicadas *entre inmuebles*. En estas relaciones el derecho de cada propietario colindante a obrar de forma absolutamente libre en su propiedad podría producir perturbaciones y molestias, a veces exageradas, al propietario u ocupante de la vecina y por ello se restringe la libertad de cada uno en beneficio de ambos. Dicho a la inversa: cada propietario puede hacer dentro de su propiedad lo que quiera, pero si causa perturbaciones o molestias al vecino, debe limitar su actuación para evitarlo.

Por ello señala la doctrina que las relaciones de vecindad son el conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia

que se imponen a los propietarios de fundos vecinos para hacer posible el mejor ejercicio del derecho de propiedad. Son, pues, notas características de dichas relaciones la reciprocidad y la igualdad de las mismas.

Las relaciones de vecindad se regulan en el Código Civil en muy diversos lugares, aunque en su mayor parte entre las servidumbres, de consuno con las servidumbres legales y mezclándose con ellas (cfr. art. 549 y ss.). Y es que entre las relaciones de vecindad y las servidumbres legales, forzosas o coactivas existirían las siguientes diferencias, como sintetiza la doctrina:

- Las relaciones de vecindad afectan a los fundos considerados en un plano de igualdad y reciprocidad, mientras que las servidumbres colocan a uno de los fundos en la posición de dominante y a otro en la de sirviente.
 - Las relaciones de vecindad imponen limitaciones internas, inherentes a los fundos, a los que se incorporan directamente por la ley, en tanto que las servidumbres, aunque por ser legales se pueden imponer coactivamente, necesitan que su constitución sea exigida judicialmente.
 - Las relaciones de vecindad no confieren derecho a indemnización alguna, salvo cuando se incumplen, mientras sucede lo contrario con las servidumbres legales, que lo atribuyen en favor del propietario de la finca gravada.
 - Las servidumbres legales no están exentas del régimen de la prescripción y sí lo están las relaciones de vecindad, que persisten tal como las atribuye directamente la ley.
- La propiedad como derecho subjetivo y real pleno aparece protegida por una serie de acciones tendentes a reprimir las violaciones o perturbaciones de que pueda ser objeto. Las más destacadas son las siguientes:
 - La **acción reivindicatoria**. La acción reivindicatoria es la acción del propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, frente a quien posee –a consideración del propietario– la cosa indebidamente. Por lo tanto, se trata de una acción real y ejercitable *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que perturbe o lesione el dominio de la cosa por el dueño; de condena, y de carácter restitutorio, y es que en su finalidad va dirigida a obtener la entrega de la posesión.

Tres son los requisitos de la acción reivindicatoria:

- Dominio del actor. Se trata obviamente de un requisito ineludible pero de prosperabilidad no para la estimación *a limine* de la demanda; y es que precisamente sobre ello se habrá de ventilar en el juicio.
- Posesión por el demandado.
- Identidad objetiva. Identidad de la cosa poseída con la cosa que se reclama.

En sus efectos, el triunfo de la acción reivindicatoria dará derecho a la entrega al actor de la cosa reivindicada con sus accesiones y frutos, deberá abonarse, si el poseedor vencido se demuestra que lo era de mala fe, también el importe de los frutos recibidos, de acuerdo con la doctrina y las normas sobre la liquidación del estado posesorio. Si corresponde, la sentencia se despachará sobre la nulidad del título formal en que hasta ese momento hubiera justificado su aparente derecho el demandado, mandando la cancelación del asiento que eventualmente se hubiera practicado a su favor en el Registro, algo esto último sin lo cual el dominio del actor triunfante, por más que judicialmente declarado, no podría llegar a inscribirse.

- La **acción declarativa**. De creación jurisprudencial, la llamada acción declarativa de dominio procede si un propietario se ve perturbado en su titularidad o teme serlo por quien se jacta de ser dueño de la cosa. En tal caso puede ejercitar una acción dirigida a verificar y comprobar, previa demostración judicial, la realidad de su título, o mejor dicho, la existencia de su derecho. Esta acción es meramente declarativa, pues a diferencia de la acción reivindicatoria no se busca por el propietario que la cosa le sea entregada, la cual puede él mismo estar poseyendo.

En cuanto a sus requisitos y prueba, reproduce esta acción las pautas vistas para la reivindicatoria en lo relativo a la demostración de la propiedad y la identidad de la cosa, pero no en cuanto a la posesión del demandado. En este sentido, frente a la reivindicatoria, que es de condena, la acción declarativa no requiere que el demandado sea poseedor, porque no tiene carácter recuperatorio, sino que aspira

como finalidad a obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, con lo que se acalla a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga.

- **La acción negatoria.** La acción negatoria es una acción declarativa que tiene por objeto obtener una sentencia en que se reconozca que la cosa, propiedad del actor, no está gravada por un derecho real limitado que el demandado pretende ostentar sobre ella o por cualquier otro límite o limitación al dominio del que se favorezca o pretenda favorecerse el demandado.

Para el ejercicio de esta acción al propietario le basta justificar su título de propiedad y la perturbación causada por el demandado, pretensión que no hace falta, obviamente, que sea formal, sino que basta que se derive de los hechos: por ejemplo, por pasar durante los últimos años por la finca del demandante. Pero la prueba de la existencia del derecho real en cuestión se desplaza sobre el demandado, siendo esta la principal característica de la acción negatoria. En efecto, el Tribunal Supremo ha resuelto reiteradamente que la acción negatoria traspaasa al demandado la carga de la prueba, ya que el dominio debe presumirse libre mientras no se acredite lo contrario. Por tanto, y en cuanto a la prueba, el demandante deberá probar su derecho de propiedad, correspondiendo al demandado, en su caso, la probanza de la existencia de la carga o del gravamen de que se trate.

Así expuesta, la acción negatoria se puede dirigir no solo a que se declare la inexistencia del gravamen (meramente declarativa), sino a la reintegración de la libertad del bien, a terminar con la influencia del demandado sobre él, y por tanto a una modificación posesoria, como en la reivindicación.

- **La acción real registral.** El propietario de una finca, declarado como tal por el Registro de la Propiedad, puede ejercitar las tres acciones anteriores con tan solo aportar la correspondiente certificación del Registro, correspondiéndole al demandado desvirtuar la presunción de titularidad o libertad que surge de los asientos registrales. De tal modo queda facilitada la prueba del dominio. Pero junto a ello, el propietario inscrito se halla legitimado por su mera condición de titular registral para impetrar su más rápida defensa contra quien, sin título inscrito, se oponga a su derecho o lo perturbe

en su ejercicio y ello por el trámite del juicio verbal. Es la llamada acción real registral del artículo 41 de la LH. Esta acción supone correlato procesal del principio registral de legitimación, según el cual lo publicado por el Registro se presume exacto, fiel con la realidad jurídica concerniente a la finca. De tal modo que, a través de la acción se habilita un expediente de ágil tramitación, orientado a la protección de los derechos reales inscritos, en tanto se considera que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento registral respectivo. Y al extremo de que la oposición del demandado solo podrá fundarse en algunas de estas causas, dispone el artículo 444.2 de la LEC, así:

- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada.
- Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u cualquier otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito.
- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción.
- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

Si la pretensión del demandante se estima, se mandará poner fin a la perturbación que se haya ocasionado en el libre ejercicio de su derecho, reintegrándole si fuera el caso, y como en la reivindicatoria, en la posesión. Pero, por su carácter sumario, por la tasación del objeto de conocimiento que caracteriza este singular procedimiento, la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, cualquiera de las partes a continuación puede promover el juicio declarativo que corresponda.

- Las **acciones de deslinde y amojonamiento**. La acción de deslinde, frente a la reivindicatoria, requiere la exigencia de dos presupuestos: situación de contigüidad entre dos o más fincas y que haya con-

fusión de límites, de forma que no pueda venirse en conocimiento exacto de los que corresponden a cada propiedad, no es viable por tanto, cuando los predios se hallan perfectamente identificados y delimitados.

Distinto del deslinde es el amojonamiento, que refiere, en cuanto elemental concepto, a la operación material del propietario de una finca, cuando los confines con alguna de las vecinas, *si bien ciertos y determinados*, están desprovistos de señales físicas, que los hagan reconocibles. Con la acción, pensada para cuando mediara la oposición a la práctica de tal operación, o incluso la falta de colaboración por parte de alguno de los vecinos (como cuando simplemente rechazara contribuir proporcionalmente a los gastos del amojonamiento, que también a él beneficiaría), se trataría propiamente de solicitar que se le autorizara al demandante el señalamiento con hitos o mojones de la línea divisoria entre su finca y las colindantes de un modo físico y visible, si es que el problema no es en el fondo de límites, para lo cual procedería la de deslinde.

- La **acción preparatoria**. La acción preparatoria o *actio ad exhibendum* es aquella por la cual se trata de obtener que el poseedor muestre la cosa sobre la que se pretende ejercitar una posterior acción, con la finalidad de comprobar la identidad del objeto. Puede intentarse, pues, por el propietario con vistas a una inmediata acción reivindicatoria, por ejemplo, pero también por cualquiera que tenga intención de demandar por otro motivo en relación con la cosa. La Ley de Enjuiciamiento Civil concibe esta acción como «una diligencia preliminar» de los procesos declarativos, cuando expresa que todo juicio «podrá prepararse mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio» (art. 256). Si la persona requerida no atendiese al requerimiento y se conociese o presumiese fundamentalmente el lugar en que se encuentra la cosa, el tribunal ordenará la entrada y registro de dicho lugar y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o la medida de garantía más adecuada a la conservación de aquella (art. 261.3.^a).
- Las **acciones de daño temido o cautelares**. Estas acciones tratan de precaver el mal que de la construcción de una obra nueva o de la existencia de una obra en estado de ruina puede derivarse para el

propietario de un fundo contiguo o los titulares de otros derechos o intereses. En nuestro Derecho tienen este carácter:

- Las que pretenden la suspensión de una obra iniciada en inmueble vecino (obra nueva).
 - Las que pretenden la demolición o derribo de obra, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.
- Las **acciones posesorias**. Como usualmente la posesión suele ser reflejo extrínseco de la propiedad, el ejercicio de estas acciones tiene en muchas ocasiones por objeto la protección de este derecho también de manera indirecta –o refleja–, de ahí que con ellas corresponda concluir con este elenco de vías de protección del derecho del propietario, a reserva, claro está, de que se cumplan con los conocidos requisitos de estas acciones; de no ser así, y como sabemos, el ataque posesorio deberá contrarrestarse a través de la acción reivindicatoria o, si el actuar del demandado solo se hubiera venido cifrando en una mera perturbación posesoria, de la pertinente acción negatoria.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

- a) El carácter absoluto o pleno del dominio en cuanto derecho real no impide que su titular se encuentre sujeto a una serie numerosa de limitaciones basadas en razones de interés público o de convivencia.
- b) El carácter exclusivo del dominio impide que una misma cosa tenga varios propietarios a la vez, a salvo del régimen relativo al condominio.
- c) El carácter perpetuo del dominio impide que las cosas se adquieran con la condición de que el vendedor pueda solicitar su readquisición durante un determinado lapso de tiempo (es el llamado pacto de retro o retracto convencional).
- d) La propiedad atribuye genéricamente a su titular las facultades de usar, disfrutar y disponer, material y jurídicamente, de la cosa.

Enunciado 2

Con el atributo de elasticidad se quiere decir que la propiedad:

- a) No deja de ser tal por estar temporalmente gravada, de modo que al extinguirse esas cargas o esos gravámenes recobrará toda su plenitud, hasta ese momento solo en potencia.
- b) Confiere a su titular un poder que puede ejercitarse frente a todos.
- c) Es un derecho subjetivo que concede al titular el máximo de facultades que se pueden ejercitar sobre una cosa.
- d) Se halla limitada por los intereses generales de la colectividad.

Enunciado 3

En su tratamiento constitucional, la propiedad:

- a) Es un derecho fundamental.
- b) Permite al titular interponer el recurso de amparo ante las violaciones que se produzcan respecto de su contenido o libre ejercicio.

- c) En su contenido debe desarrollarse por ley orgánica.
- d) Aparece subordinada al interés general.

Enunciado 4

Si Pedro lleva más de veinte años poseyendo en concepto de dueño una finca sin título, la acción por la que inste el reconocimiento de su calidad de propietario por usucapión es:

- a) Una acción de condena.
- b) Una acción declarativa.
- c) Una tercería de dominio.
- d) La llamada acción negatoria de cargas.

Enunciado 5

El remedio procesal a disposición de quien es propietario de una cosa que ha sido embargada creyéndose perteneciente al patrimonio del deudor ejecutado es:

- a) La acción reivindicatoria.
- b) La acción negatoria.
- c) La acción de deslinde.
- d) La tercería de dominio.

Solución 1

- c) El carácter perpetuo del dominio impide que las cosas se adquieran con la condición de que el vendedor pueda solicitar su readquisición durante un determinado lapso de tiempo (es el llamado pacto de retro o retracto convencional).

Solución 2

- a) No deja de ser tal por estar temporalmente gravada, de modo que al extinguirse esas cargas o esos gravámenes recobrará toda su plenitud, hasta ese momento solo en potencia.

Solución 3

- d) Aparece subordinada al interés general.

Solución 4

- b) Una acción declarativa.

Solución 5

- d) La tercería de dominio.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2004.

DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid: Tecnos, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Madrid: Dykinson, 2003.

PABLO CONTRERAS, P. de; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

En la red

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=364>

PROUDHON, P.J.: *¿Qué es la propiedad?*, <http://www.eumed.net/cursecon/textos/proudhon/index.html>

Avanzada

BENTHAM, J.: *Tratados de legislación civil y penal*, II, R. Salas (trad.), París: Librería de Lecointe y Laserre, 1838.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., MONTÉS PENADES, V.L. y ROCA, E.: *Derecho civil. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MOZOS, J.L. de los: *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, J. Medina Echevarría (trad.), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

ROUSSEAU, J.J.: *Discurso sobre la economía política*, J. Candela (trad.), Madrid: Tecnos, 2001.

UNIDAD
DIDÁCTICA

7

COMUNIDAD DE BIENES. PROPIEDAD HORIZONTAL

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. Comunidad de bienes y condominio
 - 1.1. La variedad tipológica de la comunidad de bienes
 - 1.2. Modelos de comunidad
 - 1.3. Concepto de condominio
2. Principios básicos relativos al condominio
 - 2.1. Principio de autonomía de la voluntad
 - 2.2. Principio de proporcionalidad
 - 2.3. Principio (de libertad) individual
 - 2.4. Principio colectivo
3. Contenido de la situación de condominio
 - 3.1. En relación con la cuota-parte que corresponde a cada condómino
 - 3.2. En relación con la cosa en común
 - 3.2.1. Uso de la cosa
 - 3.2.2. Disfrute
 - 3.2.3. Conservación: gastos
 - 3.2.4. Gestión, administración
4. La extinción del condominio. La división de la cosa en común

5. La propiedad horizontal

- 5.1. Concepto
- 5.2. Regulación
- 5.3. Elementos objetivos
- 5.4. Contenido del derecho real de propiedad horizontal
 - 5.4.1. En relación con los elementos privativos
 - 5.4.2. En relación con los elementos comunes
- 5.5. Organización, gestión y representación
 - 5.5.1. La asamblea o junta de propietarios
 - 5.5.1.1. Concepto y competencias
 - 5.5.1.2. Clases de juntas. Convocatoria y celebración
 - 5.5.1.3. Adopción de acuerdos. Auxilio e impugnación judicial
 - 5.5.2. El presidente
 - 5.5.3. El vicepresidente
 - 5.5.4. El secretario
 - 5.5.5. El administrador
 - 5.5.6. Otros órganos de gobierno de la comunidad
- 5.6. Extinción

6. Las urbanizaciones privadas

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Explicado el concepto y régimen ordinario del derecho de propiedad, en esta Unidad didáctica 7 nos concentraremos en su derivación cuando la propiedad pertenece a varias personas, cuando dos o más sujetos son propietarios de una cosa a la vez. El condominio, como modalidad básica de la comunidad de bienes, emerge así como una institución transitoria mirada con total disfavor en el articulado del Código Civil. Frente a ella, una realidad bien distinta justificaría el reconocimiento de un modo de comunidad como el que representa la propiedad horizontal, donde la función social comentada en la Unidad precedente vendría a quedar concretada con vistas al favorecimiento de la convivencia superando el modelo de comunidad propio tenido en cuenta al tiempo de la codificación.

1. COMUNIDAD DE BIENES Y CONDOMINIO

1.1. LA VARIEDAD TIPOLOGICA DE LA COMUNIDAD DE BIENES

«Hay **comunidad** [de bienes] cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas», dice en su primer párrafo el artículo 392 del CC.

Precisiones

Pro indiviso es una locución latina, pero totalmente castellanizada, que puede traducirse por «sin división», «sin dividir».

Por tanto, la **cotitularidad**, la titularidad de varias personas sobre un bien patrimonial cualquiera sea su naturaleza, sea personal, real o hasta intelectual (llámese, mejor, **coautoría**, véase art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual), entraría dentro del concepto.

El Código piensa primero –puede verse– en la concurrencia en la propiedad *de una cosa* –o condominio–, pero también en su generalidad quedaría incluida la cotitularidad de un derecho real limitado (véase por ejemplo, el *cousufructo*, referido explícitamente en el art. 521 del CC), y hasta la cotitularidad de orden crediticio, que manifiesta un crédito con varios titulares, por más que, como sabemos del Derecho de obligaciones, la pluralidad crediticia se encontraría sometida a la regulación específica contenida en otro lugar del Código; a saber, en sus artículos 1.137 a 1.148. Sin embargo, se conviene, aún podrían aplicarse alguna de las normas que iremos viendo en esta Unidad (art. 393 y ss.) en aquello que no pudiera solucionarse a partir de esa otra regulación. Se trataría de un dato de especial importancia con respecto a las obligaciones mancomunadas cuando la prestación fuera indivisible; la que consistiera en la obligación de hacer entrega de un coche o un barco, por ejemplo.

Precisiones

Sobre las obligaciones mancomunadas indivisibles, resulta aconsejable remitirse aquí al punto pertinente —con sus ejemplos— de la Unidad didáctica 2 del manual de *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, de la profesora Monterroso, disponible en el Aula Central de Grados. Como nos recuerda la autora, ante posibles objeciones, «la solución por la que opta parte de la doctrina y de la jurisprudencia es aplicar las reglas de la comunidad de bienes (arts. 397 y 398 del CC)...»

Pero también hay comunidad —con todavía mayor razón, «de bienes»— cuando no es un bien, ni un derecho el que se tiene en cotitularidad sino varios; cuando a la esencial pluralidad subjetiva se suma la objetiva. Son esos casos en que un patrimonio pertenece en común a varias personas, es decir, en que una masa patrimonial pertenece colectivamente a varias personas.

EJEMPLO 1

Sería el caso de la comunidad hereditaria. En efecto, cuando son más de uno los herederos llamados a suceder, ninguno de ellos, mientras la partición de herencia no se produzca, tendrá un derecho concreto sobre ninguna de las cosas de la herencia, pues todavía no se sabe cuál de ellas le corresponderá; lo que tiene más bien cada uno es un derecho en el complejo hereditario, considerado como una unidad más o menos circunstancial. Es así que cada coheredero podrá enajenar la parte alícuota indivisa que le corresponda en la herencia, pero no la parte proporcional que pueda corresponderle en bienes concretos y determinados que formen parte de la misma, porque mientras no se practique la división de los bienes, la partición de la herencia no podrá concretarse, saberse cuáles en particular serán adjudicados a cada uno.

De este modo, corresponde aclarar un dato esencial en este primer momento de la Unidad, por genérico en cuanto a toda clase de comunidad: su falta de personalidad jurídica. *La comunidad de bienes no es una persona jurídica*, lo que obliga a considerar directamente las diferencias existentes entre **comunidad y sociedad** (más allá de toda la regulación mercantil sobre esta, a la que aquí no se hará especial mención, pero que en definitiva no hará más que agudizar las diferencias).

En este sentido, los criterios diferenciales entre comunidad y sociedad pueden abreviarse en los siguientes:

- **Por razón de su origen.** La sociedad presupone necesariamente la conveni- ción, el acuerdo entre los que serán socios (cfr. art. 1.665 del CC), mientras que la comunidad puede existir –hasta ser ello algo habitual– de manera involuntaria o incidental (por ejemplo, comunidad hereditaria, comunidad por mezcla, confusión o conmixti3n ex art. 381 del CC).
- **Por raz3n de su finalidad.** La finalidad de la sociedad es la obtenci3n –para su posterior reparto– de ganancias, su objeto es puramente lucrativo; por su parte, la de la comunidad, que se prevé en su esquema ordinario como una situaci3n transitoria –en espera de la muy facilitada divisi3n de los bienes entre los co- titulares–, se supedita a favorecer la conservaci3n de los bienes en com3n, a que los bienes no se perjudiquen respecto de sus naturales utilidades.
- **Por raz3n de las obligaciones de los sujetos.** Los socios deben mantener una actitud proactiva, tendiente a la obtenci3n de ganancias, en tanto que los comuneros pueden mantener una actitud pasiva en lo que respecta a un mejor aprovechamiento posible de los bienes, pues no tienen mayor obli- gaci3n que la de coadyuvar a su conservaci3n.

1.2. MODELOS DE COMUNIDAD

Justo en este punto, es normal referirse a los dos grandes modelos legales de co- munidad, sea sobre un bien sea sobre un conjunto de bienes, en procura de una mejor compresi3n de la materia.

En primer lugar, la **comunidad romana** parte de un presupuesto esencial: all3 donde varios son titulares de un mismo o varios bienes estaremos siempre ante una situaci3n desventajosa, por disfuncional para el mejor aprovechamiento, rendimiento econ3mico de los bienes, adem3s de segura fuente de conflictos. En consecuencia, se reconoce a cada comunero un «espacio de se1or3o exclusivo sobre la cosa», si se me permite la ex- presi3n, que se cifra en la llamada **cuota-parte**: una participaci3n ideal de car3cter por- centual en la cosa, en espera de la pronta divisi3n material del bien o de la disoluci3n de esta con la consiguiente distribuci3n proporcional entre los interesados por cualquier otra alternativa (adjudicaci3n a uno de ellos, venta en p3blica subasta). La cuota o, lo que es lo mismo, la posici3n cifrada que representa puede ser transmitida a tercero (a reserva de que la legislaci3n prevea, algo ciertamente com3n, un derecho de adquisici3n

preferente en favor de los demás comuneros). Pero el dato más importante del espíritu individualista que imprime carácter a este tipo genérico de comunidad es que ningún sujeto está obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo no solo enajenar su cuota sino forzar la división de la cosa en cualquier tiempo mediante el ejercicio de la acción judicial reconocida al efecto: la *actio communi dividundo*.

Frente a la comunidad romana, la germánica se basa en la apreciación de la comunidad como una situación, una relación beneficiosa por razón social por lo que se propende desde la legislación a su estabilidad y permanencia. En este tipo de comunidad, el comunero no tiene reconocida «una medida concreta de valor» sobre el bien (en realidad sobre el derecho que se ostenta en conjunto sobre él), ni, en justa consecuencia, suele poder transmitir su posición unilateralmente a tercero. Y por supuesto tampoco puede instar la división de la cosa en común, forzar por su sola voluntad que la comunidad se disuelva.

Precisiones

Llamada también **colectiva o en mano común**, en la comunidad germánica no hay cuotas de las que cada uno pueda disponer, ni puede un comunero exigir la división de la cosa o derecho; por el contrario, la enajenación de la cosa o la división de la misma –siempre que uno u otro acto sea posible y se encuentre permitido por el ordenamiento en función de las condiciones o naturaleza concreta del bien– debe hacerse *conjuntamente* por todos los comuneros.

Para nuestro ordenamiento se observa la recepción del modelo tratándose de la comunidad de bienes en el matrimonio, especialmente de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1.344 y ss. del CC). Se trata de una comunidad de carácter personalísimo, que se rige por un principio social en cuanto está destinada a subvenir las necesidades familiares, no habiendo ni cuotas ni participaciones, y no pudiendo los cónyuges vender o donar «su parte» a tercero, encontrándose tasadas las causas de disolución de la sociedad (cfr. art. 1.392 del CC) y no localizándose entre ellas la simple e incausada voluntad al efecto de uno de los consortes estando vigente el vínculo conyugal.

1.3. CONCEPTO DE CONDOMINIO

Tomando, entonces, como base el artículo 392 del CC podemos definir el **condominio** como la *situación jurídica que se produce cuando el dominio sobre una cosa pertenece pro indiviso a varias personas*.

En rigor, lo óptimo es hablar de condominio, y no de copropiedad pues, como sabemos, la **propiedad** es un concepto más amplio que englobaría la titularidad plena sobre un bien no necesariamente corporal o tangible (por ejemplo, una obra intelectual en coautoría). Con tal advertencia, debe entenderse la noción de comunidad o copropiedad, de comuneros o copropietarios, –hasta partícipes dice continuamente el Código– que podrá irse utilizando por comodidad de lenguaje y para evitar reiteraciones en esta Unidad, pues el condominio, de suyo, representa la manifestación típica de la copropiedad y por ello, a la sazón, de comunidad.

En la doctrina, es clásica la definición de Sánchez Román del **condominio** como «el derecho de dominio en común que tienen dos o más personas en una parte espiritual de una cosa, no dividida materialmente». Más recientemente, Puig Peña lo ha definido diciendo que es «aquella forma de comunidad por cuya virtud la propiedad de una cosa corporal pertenece a una pluralidad de personas por cuotas-partes cualitativamente iguales».

Precisiones

En la comunidad que define el artículo 392 del CC, detalla Lacruz, el derecho de cada partícipe es cualitativamente igual al otro: todos son, a la vez, propietarios; todos tienen un derecho de la misma naturaleza, aunque puede pertenecerles en proporción distinta. Por eso no constituyen comunidad, condominio, en el sentido del precepto y de la regulación que le sigue, las situaciones de concurrencia de varios derechos de distinta naturaleza sobre una cosa (nuda propiedad y usufructo, por ejemplo), ni la propiedad «dividida» en aprovechamientos diversos e independientes, la llamada propiedad *pro diviso*, instituto conocido en el ámbito rural que poco tiene que ver con la propiedad por cuotas que regula el Código.

En efecto, la propiedad *pro diviso* es un dominio dividido por aprovechamientos. El supuesto más frecuente en la realidad, y particularmente extendido en las comarcas extremeñas –continúa expresando Lacruz– es el de tener uno de los partícipes el derecho a explotar el suelo mediante la siembra de cereal y el otro el derecho exclusivo sobre el arbolado. Pero no son derechos reales limitados, sino que ambos son propietarios, copropietarios, por más que se repartan de tal suerte las ventajas, «los goces del dominio». La doctrina conviene en considerar esta comunidad como especial, aunque con cierta aproximación al modelo germánico, apreciando su condición de indivisible, al menos en el sentido en que la divisibilidad se prevé en el Código para el modelo romano; a saber, como facultad de ejercicio individual imponible sobre la eventual voluntad de permanencia del resto de copropietarios.

Concebido el condominio de tal forma, la regulación del Código Civil está inspirada en el sistema romano: cuotas ideales disponibles y posibilidad de división a instancia de cualquiera de los copropietarios, siendo en consecuencia sus **caracteres** los siguientes:

- **Pluralidad de titulares** en relación con el dominio de una cosa, no habiendo límite máximo al respecto, y pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas.
- **Unidad objetiva** o indivisión material de una cosa, de un bien corpóreo, por más que tal indivisión se prevea con un alcance transitorio facilitando la ley que deje de tener lugar.
- **Atribución de cuotas** (división intelectual), las que representan la proporción en que los copropietarios, condóminos, condueños o partícipes han de gozar de los beneficios de la cosa, sufrir las cargas y obtener una parte material de la misma cuando se divida (o de su valor, si es materialmente indivisible).

2. PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS AL CONDOMINIO

Concretando –y matizando– los que señala Díez Picazo, son principios rectores del condominio, como manifestación más destacada de la comunidad de bienes, los siguientes:

2.1. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

«A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título» (título III del libro II), establece en su segundo párrafo el ya citado artículo 392 del CC.

Parece querer decir que la fuente primaria de regulación en caso de condominio será la voluntad de los copropietarios, y entonces, solo en su defecto, regirá el Código en ese apartado. Sin embargo, por más que el artículo 392 del CC se despache tan tajantemente, alguna de las normas que le siguen no resultarían finalmente dispositivas; así, por ejemplo, la facultad de impetrar la división de la comunidad que asiste a cada copropietario, declarada por nuestros tribunales indisponible, irrenunciable, y solo, como mucho, temporalmente derogable si es que así se ha pactado (cfr. art. 400 del CC).

Después, en el orden que expone, el artículo 392 antepone a la regulación del Código las disposiciones especiales que hubiera, previsión que encontraría su sentido tratándose de otro tipo de comunidades (por ejemplo, sociedad de gananciales –cfr. cit. art. 1.344 y ss.

del CC–, la cotitularidad de un derecho de crédito –cfr. cit. arts. 1.137 a 1.148 del CC–), pero no del condominio en cuanto modalidad básica de la que aquí nos ocupamos.

Precisiones

La cuestión, que hace que la regulación del Código tenga mayor importancia práctica de la que el artículo 392 le quiere dar al dotarle de un alcance supletorio, es que, en la comunidad hereditaria, los herederos se aplicarán sobre los bienes integrantes de la herencia como copropietarios, aunque en puridad todavía no lo sean por cuanto para ello será necesario que se extinga la comunidad hereditaria a través del expediente de la partición; recordemos que ninguno tiene una cuota-parte sobre cada uno de esos bienes, sino una «cuota global» sobre la masa que constituyen, diferencia que puede verse fácilmente en el hecho de que, llegada la partición, alguno de esos bienes puede no terminar en el lote que finalmente le toque. Pero como la comunidad hereditaria es una comunidad forzosa, esto es, que surge a la vida jurídica con independencia de la voluntad de los herederos, que serán copartícipes por el hecho de serlo y sin convenir nada entre ellos, y como en el Código apenas existen normas sobre su régimen, se explica la cita tan común a los artículos 393 y siguientes en nuestros repertorios tratando de conflictos suscitados entre coherederos acerca de sus derechos y obligaciones respecto de bienes particulares integrantes del caudal común.

Con el margen, pues, de todo lo dicho, y de la posible incidencia de la autonomía de la voluntad en los aspectos en que se manifiesta cada uno, los tres principios que siguen partirían del régimen establecido en los artículos 393 a 406 del CC entonces.

EJEMPLO 2

Así, pues, cabe –ilustra Albaladejo– que se determine que la administración corresponderá solo a un condueño o que se decida por mayoría de votos (y no de participaciones), o que alguno o algunos de ellos queden excluidos del uso de la cosa, o que tal uso o la percepción de frutos se haga, no concurriendo todos a ella en cada momento –y así dividiéndolos por las cuotas de los partícipes–, sino por periodos (a «A» le correspondería usar y disfrutarla en primavera y verano, y a «B» en otoño e invierno), o por sectores de la cosa (sin que ello suponga *división material* del objeto de la cosa –pues, entonces, habría tantas cosas como

.../...

.../...

sujetos no habiendo por tanto condominio–, de modo que a «A» le corresponda el uso y disfrute de una zona, y a «B» los de otra). Los acuerdos de régimen habrán de adoptarse, como es lógico, por unanimidad, a salvo de alguna contadísima excepción, como la que veremos acerca del uso de la cosa.

Evidentemente, la virtualidad de estos ejemplos se irá apreciando conforme avancemos en la Unidad. Por ahora sirva en consideración al punto exacto de que se trata: el alegado carácter dispositivo de la normativa del Código sobre la materia.

2.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según el artículo 393 del CC, «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», presumiéndose iguales, «mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».

Precisiones

Por lo tanto, si tres personas compran una casa sin especificar la parte del precio que pone cada una, se entenderá que ambas habrán de compartir la propiedad «a partes iguales», o lo que es lo mismo, por un tercio.

En el régimen del condominio, la cuota es esa medida ideal expresada en un tanto por ciento –25%– o una fracción –1/4–, de gran importancia en cuanto a la participación exacta de cada condómino en los beneficios, las cargas y los gastos de la comunidad, la toma de decisiones y la división de la cosa en común a resultas de la cual se adjudicará o distribuirá en proporción a la cuota de cada uno.

2.3. PRINCIPIO (DE LIBERTAD) INDIVIDUAL

Este principio es el que expresa la preeminente inspiración romana del modelo legal asumido, y confronta con el principio siguiente, el que vela por los intereses de los demás copropietarios.

En el condominio, el principio (de libertad) individual se concreta como los que se detallan:

- Cada copropietario goza de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la situación de condominio y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás: usar y disfrutar de la cosa, disponer o gravar con hipoteca su cuota, ceder a un tercero su derecho proporcional a los frutos (cfr. arts. 394 y 399 del CC).
- Es verdad que todo copropietario está obligado a contribuir, en proporción a su cuota, a los gastos ordinarios generados o vinculados con la cosa, pero con todo de esa obligación podrá librarse haciendo abandono de su parte en favor de los demás (cfr. art. 395 del CC).
- Cada copropietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, con total prescindencia del interés de los demás en que la comunidad continúe, y ello en tanto la cosa en común no se encuentre sometida convencionalmente a causa de temporal indivisión (cfr. art. 400 del CC).

Precisiones

Al respecto, véase el epígrafe 4 de esta Unidad, que se dedica precisamente a la división de la cosa en común.

- Ninguno de los copropietarios puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen la alteración en la cosa en común. Por tanto, basta para que uno solo se oponga para que tales actos no puedan realizarse, aunque todos los demás estén de acuerdo en llevarlos a cabo (cfr. art. 397 del CC). Se vería aquí una especie de derecho de veto, de *ius prohibendi* con respecto a los actos de esta naturaleza, derecho reconocido a favor de todos y cada uno de los propietarios.
- Finalmente, todavía cualquier copropietario puede impedir, a través del ejercicio de la oportuna acción judicial al respecto, el cumplimiento de un acuerdo adoptado por mayoría en materias de su competencia (administración, mejor disfrute, no alteración), de considerarla perjudicial por ilegal, abusiva, etc. (cfr. art. 398, penúltimo párr. del CC).

2.4. PRINCIPIO COLECTIVO

Siendo menos decisivo frente al principio anterior, ya que a través de la acción de indivisión la sola voluntad de un copropietario puede poner fin a la situación de condominio, mientras este se encuentre vigente existen algunas disposiciones de importancia en procura del interés colectivo de la comunidad. A saber:

- En primer lugar, la máxima es que ningún copropietario puede, en el ejercicio de la facultades vistas que le confiere su derecho sobre la cosa, perjudicar a los demás en el suyo (cfr. art. 394 del CC). Así, si, como veremos, todos tienen derecho a usar la cosa, estableciendo en este punto la ley lo que conviene en llamarse uso solidario, ninguno podrá monopolizar, a falta de acuerdo, su uso, pues con ello estaría evitando que los demás ejercitaran su mismo derecho a usarla.
- En segundo lugar, no está de más repetirlo, todo copropietario tiene la obligación de contribuir a los gastos de conservación, de administración de la cosa (cfr. art. 395 del CC).
- En tercer y último lugar, será el voto de la mayoría (de cuotas o intereses, no de personas como sabemos) el que decida en cuanto a los actos de gestión ordinaria o administración de la cosa (cfr. art. 398 del CC), por más que el principio individual rija para los actos de mayor importancia en cuanto implique alteración, jurídica o física, de la cosa (cfr. art. 397 del CC). La exigencia de la unanimidad para cualquier clase de acto, sin atender a su mayor o menor importancia, sería en otro caso exagerada.

3. CONTENIDO DE LA SITUACIÓN DE CONDOMINIO

3.1. EN RELACIÓN CON LA CUOTA-PARTE QUE CORRESPONDE A CADA CONDÓMINO

El derecho que tiene cada copropietario sobre su cuota es, en principio, independiente y exclusivo, conforme surge del artículo 399 del CC, cuando dice:

«Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tra-

tare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

Entonces, este esencial derecho de libre disposición de su cuota se encontraría sujeto a las siguientes limitaciones:

- Que en cuanto a los frutos de la cosa común, cabe señalar, con Miquel y Martínez de Aguirre, «que el derecho a los frutos que atribuye el artículo 399 del CC a cada comunero es un derecho individual, que afecta al conjunto de los frutos, y no a una parte concreta de ellos y que en todo caso se refiere al importe neto (es decir, después de descontar los gastos realizados en su producción)».
- Que esa sustitución en el aprovechamiento de la que habla el artículo 399 en relación con la posibilidad de ceder a tercero el derecho de uso y disfrute en el bien –siempre dentro del margen y posibilidades que correspondan al cedente conforme a las pautas que veremos en el siguiente subepígrafe– no puede operar tratándose de derechos personales, o, dicho con más propiedad, de derechos personalísimos o absolutamente intransmisibles, como, por ejemplo, son los de uso y habitación. Pero entonces no es correcto llamar condueños a estas personas que serían cotitulares de un derecho real como estos, limitado, como hace el precepto. No habría condominio, aunque sí, por supuesto, comunidad, que es el género.

EJEMPLO 3

Si dos personas tienen derecho de habitación sobre una casa, ninguna de ellas podrá ceder el ejercicio de ese derecho a un tercero para que lo ocupe en su lugar (por ejemplo, a título de arrendamiento).

- Que, obviamente, el efecto del acto dispositivo sobre la cuota está limitado al resultado de la división al cesar la comunidad, que es cuando se concretará y se hará efectiva en una parte material de la cosa el derecho de cada partícipe. Hasta ese momento, el objeto de la enajenación o gravamen seguirá siendo la cuota-parte y no la cosa en sí misma considerada, ni una

parte material de ella. De ello se deriva que el régimen del condominio no varía por más que cambie la persona de alguno de los condueños.

- Que en caso de enajenarse a un extraño la parte de un condueño, pueden los demás ejercitar el derecho de retracto (art. 1.522 del CC), derecho que de ser varios los condueños interesados solo podrán ejercitar «a prorrata de la porción que tengan en la cosa común».

Precisiones

En particular sobre el derecho de retracto de los comuneros, véase el correspondiente punto en la Unidad didáctica 5 del Manual de *Derecho civil. Derecho inmobiliario y registral* disponible en el Aula Central de Grados.

3.2. EN RELACIÓN CON LA COSA EN COMÚN

3.2.1. Uso de la cosa

Dice el artículo 394 del CC que:

«Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho.»

Se dispone de tal modo el *uso solidario* de la cosa por parte de los copropietarios, sin atender a cuál sea su cuota exacta; en consecuencia y por principio todos tendrán derecho a usarla, tengan mayor o menor cuota.

Evidentemente, el uso de la cosa será el normal, el propio hasta ese momento fijado para ella. Para cambiar su destino económico, esto es, para aplicarse sobre el bien de manera distinta se requerirá decisión unánime de los condueños, como también para dar en arrendamiento el bien a tercero ya que con ello se impediría, por el tiempo que dure la locación, el uso de la cosa al que todos tienen derecho.

Pero, ¿y si por la naturaleza –las condiciones de la cosa (por ejemplo, un pequeño apartamento)– el uso no es posible de manera concurrente y el conjunto de copropietarios no se pone de acuerdo en un sistema racional (por ejemplo, por turnos) en cuanto a su uso? Este es el gran problema que plantea la norma del Código Civil, fundada en la

indivisibilidad material del uso en cuanto tal a diferencia de lo que sucede con la facultad de disfrute (de obtener o recibir los frutos que vaya produciendo la cosa) que, como diremos a continuación, por cuantificable resulta materialmente divisible, susceptible de periódico reparto siempre conforme al principio de proporcionalidad.

Pues bien, en el caso que se comenta, en el que un uso conjunto simultáneo resulta imposible, incómodo o hasta desaconsejable (por la mala relación que pueda existir entre los copropietarios), doctrina y jurisprudencia convienen en que será el voto de la mayoría –y no el de la unanimidad que haría a la postre inviable cualquier acuerdo– el que decida quién de ellos estaría legitimado para ocupar el bien en exclusiva (mediando previsible imposición de contraprestación a favor del resto) o de qué modo o alternativa lo harían entre todos, derivando la cuestión al juez si ni por esas logran llegar a un acuerdo, y ello aunque se esté dando ya curso a la acción de división, de disolución de la comunidad presentada por cualquiera de ellos, algo que suele llevar su tiempo (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1991).

Precisiones

En relación con todo esto, también tiene dicho el Supremo, que si por cualquier causa se produce la ocupación total, exclusiva por uno de los partícipes, surgirá por ello y a su cargo la consiguiente obligación de indemnizar daños y perjuicios a los demás (Sentencia de 30 de noviembre de 1988); así como que no cabe la utilización por uno solo de los condueños con exclusión de los demás y contra el acuerdo de la mayoría (Sentencia de 30 de abril de 1999).

3.2.2. Disfrute

Hemos visto cómo el artículo 399 del CC dispone que todo condueño tiene la plena propiedad de su parte, de su cuota-parte así como «la de los frutos y utilidades que le correspondan». En este sentido, el derecho a disfrutar de la cosa, el derecho a los frutos que produzca será proporcional a cada cuota, aunque detrayendo primero el importe que corresponda a los gastos realizados para producirlos.

3.2.3. Conservación: gastos

Según el artículo 395 del CC, «todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común», pudiendo «eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en dominio».

En primer lugar, el precepto establece, de manera oblicua, indirecta, la consabida obligación de cada copropietario de corresponder a los gastos ordinarios vinculados con el uso, disfrute y la adecuada conservación de la cosa, se entiende siempre en proporción a su cuota-parte. En segundo lugar, el artículo dispone, aunque esta expresamente, una facultad individual, por la cual cada comunero está facultado para llevar a cabo los actos necesarios para la conservación de la cosa, de acuerdo con su destino, estando legitimado a continuación para reclamar de los demás su contribución en los gastos respectivos conforme a sus respectivas cuotas. Se excluyen de la norma, y ello es totalmente lógico, los gastos suntuarios o meramente útiles, que por no ser precisos para que se conserve en su destino o integridad la cosa, no darán derecho alguno de reclamación frente al resto de comuneros.

Requerido de pago cualquiera de los copropietarios, todavía podría evitar el pago del gasto de que se trate, renunciando a su cuota en beneficio del resto de copropietarios, renuncia que no podrá presentar y que no tendrá efectos liberatorios para quien haya contraído el gasto o lo hubiera aprobado en su momento junto al resto de dueños.

También respecto de la cuestión atinente a la conservación de la cosa en común, resulta oportuno advertir que cualquiera de los condóminos puede interponer las acciones que correspondan «en defensa de la cosa, de su integridad o libertad» (por ejemplo, reivindicatoria, negatoria), aprovechando a todos los copropietarios la eventual sentencia favorable que se dicte, aunque no si es adversa, la cual no debe perjudicarles entiende arraigada jurisprudencia. En cambio, para ejercitar una acción en relación con un bien sujeto a comunidad, habría que demandar a todos los comuneros, tratándose entonces de un caso litisconsorcio pasivo necesario apreciable como excepción procesal incluso de oficio.

3.2.4. Gestión, administración

En el punto relativo a la gestión de la cosa en común, conviene distinguir entre los actos que podemos llamar de alteración, física o jurídica, y los de mera administración.

En relación con los actos de la primera clase, el artículo 397 del CC dispone –también indirectamente– la regla de la unanimidad, por cuanto «ninguno de los dueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». En el concepto de alteración se comprenderían tanto actos materiales como de trascendencia jurídica.

Serían **actos de alteración material o física** todo aquellos que incidieran sobre la estructura, los elementos configuradores o característicos de la cosa o sus componentes físicos sustanciales. Por su parte, habría **alteración jurídica** si lo que se pretendiera fuera la enajenación de la propiedad del bien (de la cosa, no así de la cuota-parte de tal o cual condueño),

como también la modificación, permanente o transitoria, respecto del régimen de organización y contenido aplicable hasta el momento a la situación de condominio sobre la cosa.

EJEMPLO 4

Por eso el arrendamiento a favor de tercero exige el consentimiento de todos los copropietarios, pues mientras dure no podrán usar de la cosa directamente, si es que no existe norma paccionada previa que establezca la regla de la mayoría como alternativa (siempre conforme al principio de autonomía de voluntad que hemos visto como primer principio de los que rigen en la materia).

Frente a tales actos, para los de **mera administración**, de gestión ordinaria de la cosa basta el acuerdo de la mayoría, que no existirá sino cuando «esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyan el objeto de la comunidad», establece el artículo 398 del CC, por su parte. El precepto añade que si no resultare mayoría, o el acuerdo fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común (que no lo hubieran votado a favor, se entiende), el juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso mediante el nombramiento de un administrador.

EJEMPLO 5

Son actos de mera administración, por ejemplo: la opción entre los distintos cultivos posibles, la aprobación de reparaciones o mejoras, entendiendo por mejoras aquellas obras (gastos) que sin ser necesarias para la conservación de la cosa ni ser tampoco superfluas, suntuarias o de mero recreo hayan de contribuir a optimizar el rendimiento, la productividad de la cosa; la contratación de un servicio de vigilancia, o laboralmente a ciertas personas para levantar la cosecha, etc.

También, sabemos, las decisiones y los pactos sobre el uso de la cosa cabe que se adopten por mayoría si no es posible el uso simultáneo de la cosa por todos. Sería una excepción, pues no se trataría de un acto de mera administración al influir directamente en el régimen de derechos reconocidos legalmente a los copropietarios. Pero la unanimidad llevada al extremo se mostraría exigencia perniciosa, que no resolvería cómo proceder en caso de conflicto. Sin embargo, aún nos puede servir el supuesto como ejemplo de acuerdo impugnabile judicialmente; como cuando dos condueños se dividen entre sí el periodo estival de un apartamento de verano, dejando para el tercero un periodo absolutamente inapropiado (Albaladejo).

4. LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO. LA DIVISIÓN DE LA COSA EN COMÚN

La copropiedad se extingue por las causas comunes de extinción de la propiedad: así, por renuncia o abandono de todos los comuneros, por enajenación de la cosa a tercero (no de una o varias pero no todas las cuotas), por usucapión contra la comunidad, o por pérdida integral de la cosa.

EJEMPLO 6

La enajenación de la cosa es equiparable a la enajenación de todas las cuotas. De modo que si son tres los copropietarios, no supondrá la extinción de la situación de copropiedad que dos le vendan a un tercero, pues mientras haya pluralidad de titulares, habrá condominio. Y ello siempre a reserva del derecho de retracto que puede ejercer el tercer copropietario no disponente.

Causas específicas de extinción del condominio serían, propiamente, la **reunión** —que no consolidación, término que debe predicarse únicamente tratándose de los derechos reales limitados cuando se extinguen con motivo de su confluencia con la titularidad plena que es la propiedad— de todas las cuotas en uno solo de los partícipes, algo a lo que se puede arribar por venta hecha a su favor por los demás, por herencia o por ejercicio de la acción de retracto del artículo 1.522 del CC, y la **división de la cosa común**.

La **división de la cosa común** es, sin duda, la causa más característica, por cuanto como sabemos en el modelo legal dispuesto por el Código «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad», pudiendo «pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común» (art. 400, párr. primero).

Estamos ante un derecho imprescriptible, refiere expresamente el artículo 1.965 del CC, siendo considerado además irrenunciable, por ser de orden público, como ha establecido en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo (Sentencias de 9 de octubre de 1986 y 20 de abril de 1988, entre otras muy destacadas).

Pero con todo se admite pacto unánime de conservar la cosa indivisa, nunca por un tiempo superior a los 10 años. Este plazo podrá prorrogarse por una nueva convenición (art. 400, párr. 2.º). Y lo mismo se le permite al donante de la cosa, quien puede imponer por igual tiempo la indivisión de la cosa en común a los donatarios.

Admitida la posibilidad de la indivisión temporal, y siguiendo con el tema genérico acerca de la división, no debe entenderse que la acción de división resulte improcedente si la cosa es materialmente indivisible –o si, de dividirse, quedara gravemente perjudicada en su hasta entonces destino o valor– lo que parece surgir del artículo 401 del CC, al expresar que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a la que se destina; en tal caso, lo que corresponderá, matiza el Código unos artículos después, a falta de convenio sobre la adjudicación de la cosa a uno de los hasta entonces copropietarios, será la venta pública de la cosa para hacer reparto de lo obtenido entre ellos (art. 404).

Precisiones

A salvo de que se encuentre vigente pacto –siempre transitorio– de indivisión, la acción de división, la *actio communi dividundo* prosperará sin quedar paralizada por la particular naturaleza o condición del bien objeto. Y es que de un modo u otro la división podrá conseguirse.

Con ello, nos adentramos en los **medios puntuales y posibles para llevar a cabo la división**, en el sentido amplio del término o, lo que es igual, la disolución de la comunidad a instancia de cualquiera de los condóminos. Estos medios son:

- *La división material de la cosa*, cuando la naturaleza y condiciones de esta lo permitan.
- *La adjudicación a uno de los copropietarios*, indemnizando este a los demás en relación a sus cuotas.
- *La venta pública a tercero*, con reparto de lo obtenido entre todos y según sus cuotas, obviamente.

Precisiones

Que la división pueda impetrarse a sola voluntad de uno solo de los comuneros no significa que en este ámbito se haya de contar con el aparato del

.../...

.../...

Estado indefectiblemente; los interesados bien pueden ponerse de acuerdo en la forma de dividir materialmente la cosa o en quién de ellos habría en su caso de adjudicársela. El Código prevé incluso que llamen a un tercero a modo de árbitro o amigable componedor (art. 402 del CC). La división se pedirá judicialmente en defecto, pues, de acuerdo unánime entre los interesados sobre el modo de proceder al respecto.

De los tres medios, el primero se entiende preferente, lo que quiere decir que si la cosa admite una división material sin quedar perjudicada, se repartirá en tantas partes como comuneros según la medida de sus cuotas, «evitando en la medida de lo posible los suplementos en metálico», que pervierten si se exageran el espíritu de esta modalidad básica de división. Vinculada con ella y para facilitarla en cuanto quepa, el Código prevé que si la cosa a dividir fuera un inmueble edificado, será posible efectuar la división mediante la transformación de la copropiedad ordinaria en propiedad horizontal, con el plus de independencia y privacidad que, en cuanto a las unidades o locales en que se divida el edificio, el régimen de la propiedad horizontal conlleva (art. 401, párrafo segundo).

Precisiones

Por tanto, surge de lo dicho que todo condómino no solo tiene derecho a pedir la división de la comunidad, sino a que la división sea material, si ello es posible, sin que se le pueda oponer el acuerdo del resto de copropietarios en que la cosa se adjudique a uno de ellos o se venda en pública subasta. En caso de conflicto, obviamente, decidirá el juez.

Solo cuando la *división material*, la *división propiamente dicha* o *en especie* de la cosa no sea posible, y no poniéndose de acuerdo los comuneros en cuál o cuáles de ellos deban quedarse con ella indemnizando a los demás, se pasará al recurso último que representa la venta en pública subasta. Tanto la adjudicación como la venta forzosa se entienden ambos medios de *división*, ya no material, sino *económica* de la cosa.

Precisiones

En la práctica, siendo materialmente indivisible la cosa, el hecho de que uno solo de los copropietarios solicite directamente que se venda en pública subasta la cosa supondrá que no haya de intentarse previamente acuerdo alguno de adjudicación, o lo que es lo mismo: que ese intento de obtener una impracticable unanimidad sea innecesario.

En caso de venta en subasta pública, los copropietarios no tienen derecho de adquisición preferente alguno, pero podrán participar como licitadores en el expediente, pujar como postores. Como el resultado típico de este tipo de procedimientos es la obtención de un precio sensiblemente inferior al de mercado, este dato recomendaría, más allá de las rencillas que pudieran existir entre los copropietarios, evitar la subasta poniéndose de acuerdo en la adjudicación directa a quien, por tener mayor capacidad económica o liquidez y demostrar gran interés en no perder la cosa, tendrá más posibilidades de llevársela si se acaba yendo a la venta forzosa.

En cuanto a sus **efectos**, la división producirá uno fundamental: la extinción del condominio mediante la concreción de las respectivas cuotas, su sustitución, como medida ideal de valor, por la propiedad en exclusiva sobre una parte material de la cosa o, si fuera el caso, de la cantidad que en su lugar se reciba.

Pero la división no afectará a los terceros que tuvieran derecho de hipoteca, servidumbre o cualquier otro derecho real o incluso personal (por ejemplo arrendamiento) sobre el bien antes en condominio (cfr. art. 405 del CC); la división, material o económica, no les será oponible por principio, sin importar que se haya dividido en lotes, se haya adjudicado a uno de los copropietarios o haya pasado a manos de un tercero. Sin embargo, y también por principio, frente a los acreedores personales de los copropietarios la división sí será oponible, no pudiendo agredir, ir contra el lote que le haya correspondido al que no fuera deudor personal suyo, salvo que demostraran que mediante la división hubiera operado fraude contra sus intereses (cfr. art. 403 del CC).

5. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

5.1. CONCEPTO

Define Fernández Martín-Granizo la **propiedad horizontal**, la «propiedad por pisos», como «una propiedad especial, que constituida exclusivamente sobre edificios

divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble».

Precisiones

El concepto hace referencia, pues, al derecho de propiedad horizontal y no a esta en cuanto régimen. En efecto, cuando hablamos de propiedad horizontal lo hacemos bien en alusión al régimen de comunidad que se da en un edificio dividido por pisos, o bien al derecho de propiedad, propiedad particular dice el artículo 1 de la ley en la materia, de cada uno de los titulares de esos pisos, propiedad especial en cuanto en su contenido ese derecho queda fuertemente condicionado por la idea de convivencia que preside el régimen (de propiedad horizontal, se entiende). Por tanto una cosa es la *propiedad horizontal* y otra el *derecho de propiedad horizontal*.

La propiedad horizontal se construye, así, a partir de la conciliación del dominio exclusivo de los pisos o apartamentos de un edificio con el condominio –declarado indivisible por la ley como consecuencia de su naturaleza funcional y accesorio– sobre el suelo y demás elementos de uso necesaria o convenientemente común. Por su destino (de ordinario residencial y) permanente, esa combinación de elementos se somete a un régimen que lo distingue especialmente. Tres serían sus principios rectores: el de inescindibilidad, el de afectación y el de organización.

- Por el principio de **inescindibilidad** se indica la intrínseca y esencial relación que se produce entre el derecho que se ostenta sobre cada unidad particular y el disfrute de los elementos colectivos. La una no se concibe sin los otros, y viceversa. El principio se concreta, primero, en la imposibilidad jurídica de enajenar, gravar, embargar o disponer de los elementos comunes si no se hace lo propio con el derecho que se tiene sobre la unidad particular respectiva; segundo, en la indivisibilidad del derecho de (con)dominio que sobre ellos se ostenta por el hecho de ser propietario de la unidad o local de referencia.
- Esa vinculación entre los elementos privativos y los elementos comunes supone la sujeción de todo el inmueble a un fin, a una función colectiva, la de servir de residencia (o fin análogo y compatible, como sucede con los inmuebles destinados mayormente a servicios u oficinas). Sujeción común

que de ordinario se hace a través de un acto formal (instrumentado a través del que se llama *título constitutivo* de la propiedad horizontal) y que se traduce en el **principio de afectación**, el cual no se traduce exclusivamente en la destinación de los elementos comunes al aprovechamiento colectivo, sino también en la consideración de que el uso de los elementos privativos debe gobernarse por el objeto residencial de todo el inmueble, y de ahí las importantes limitaciones que por tal razón se impone a cada propietario con respecto al uso y disfrute de su unidad.

- El tercer y último principio es el de **organización**. En ella se refleja la necesidad de que toda esa estructura sea gestionada ordenadamente. El gobierno del edificio estará en manos de los propietarios de las unidades funcionales, quienes decidirán directamente (junta de propietarios) o a través de las personas nombradas al efecto (presidente, administrador) y ello conforme al marco estatutario establecido para la comunidad, alejándose en este punto, y por el carácter estable de la comunidad, de las normas del Código Civil (arts. 397 y 398), de modo que, como se verá, podrán acordarse actos de alteración jurídica o física sobre el edificio sin contar con la voluntad unánime de todos los copropietarios.

5.2. REGULACIÓN

En origen, el Código Civil reconoció en su artículo 396 la *propiedad por pisos*, aunque con escasa atención al fenómeno. A las nuevas necesidades sociales respondería la Ley de 26 de octubre de 1939, que diera nueva redacción al precepto y modificara determinados artículos de la legislación registral o hipotecaria. Pero no fue hasta la Ley de 21 de julio de 1960 que se introdujo una regulación detallada en la materia, enlazándola con el citado precepto del Código Civil, retocado y ampliado en correspondencia. Luego, las reformas posteriores de la ley, destacando entre ellas la de 1999, habrían permitido que continúe desplegando su utilidad luego de más de cincuenta años de vigencia.

Precisiones

A escala universal, la preocupación del legislador por la propiedad horizontal corresponde a las primeras décadas del siglo XX, por tres causas de tipo genérico: la emigración masiva a las ciudades, el exponencial crecimiento demográfico propio de la época y la consecuente necesidad de favorecer un acceso suficientemente económico a la vivienda.

Introducida así, la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) emerge como norma de carácter imperativo, llamada a aplicarse a todo inmueble que responda a la *realidad material* que se describe ya en ese único artículo del Código Civil que se ocupa de la figura. Entonces, allí, donde un edificio se encuentre dividido en varios pisos o locales de susceptible aprovechamiento diferenciado y pertenezcan a varios propietarios se dará el *supuesto de hecho* que hace a la propiedad horizontal, sin importar que se haya constituido como tal formalmente [cfr. art. 2, letra b) de la ley]. Es la situación a la que se refiere, por doctrina y jurisprudencia, como «propiedad horizontal de hecho».

Pero lo normal es que se haya constituido formalmente (el régimen de) la propiedad horizontal o, lo que es lo mismo, la comunidad de propietarios. Esto se hace a través del llamado **título constitutivo** que es «aquel documento en el que han de hacerse constar necesariamente los supuestos de hecho que sirven de base para la constitución del régimen jurídico de la propiedad horizontal, tales como la descripción del inmueble en su conjunto, la de sus pisos o locales independientes y la cuota de participación con que ha de contribuir cada propietario singular a los gastos y beneficios comunes».

En cuanto a la forma, y aunque ello no se disponga expresamente en la ley (siendo aplicable como hemos dicho sus disposiciones aunque nada se haya hecho al efecto), la constitución de la propiedad horizontal corresponde hacerse en documento público (suele llamarse entonces *escritura de división horizontal* o *escritura de constitución de la propiedad horizontal*) con vistas a su inscripción en el Registro de la Propiedad al que por principio solo pueden acceder títulos públicos (cfr. art. 3 de la LH). El otorgamiento ha de hacerse necesariamente por el propietario o propietarios del edificio o por todos los titulares de los pisos o locales susceptibles de propiedad privativa. El propietario único del edificio no puede otorgarlo por sí solo, si ha vendido ya, aunque sea en documento privado, algún piso o local, salvo que esté expresamente autorizado por el comprador o compradores. El título podrá otorgarse estando ya el edificio concluido, o antes de estarlo, es decir, si la construcción está comenzada, puesto que la Ley Hipotecaria permite la inscripción registral de «edificios en régimen de propiedad por pisos» en ambas circunstancias. La misma solución legal procede si todo el edificio está en su fase de proyecto (art. 8 núm. 4 de la LH).

Volviendo más concretamente a su contenido, el artículo 5 de la LPH enumera los extremos que debe contener el título constitutivo:

- **Descripción de los elementos del edificio.** Dice la ley que «el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos, al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas

en la legislación hipotecaria [cfr. arts. 9 de la ley y 51 del reglamento] y los servicios e instalaciones con que cuenta el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallaren y sus anejos», tales como garaje, buhardilla o sótano.

- **Fijación de la cuota de participación de cada piso o local en el conjunto del inmueble.** De la importancia de la cuota de participación en el régimen da cuenta que de ella ya se ocupe la ley aun antes de hacerlo del título constitutivo, concretamente en el artículo 3, al referir que a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas del mismo, cuota que servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y los beneficios por razón de la comunidad. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes (art. 5, apdo. 2.º). La mejora o menoscabo en cada piso o local no alterará la cuota atribuida al mismo, aunque podrá modificarse la cuota asignada, porque así se desee o porque la fijada inicialmente resulte ser injusta, bien por acuerdo unánime de todos los propietarios bien por laudo o resolución judicial.
- **Estatutos.** El título constitutivo, se añade por último, «podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones», formando un estatuto privado que no perjudicará a terceros si se inscribe en el Registro de la Propiedad. Se hace referencia, así, a los **estatutos** de la comunidad.

En efecto, en cuanto a los estatutos, se ha de decir que el título constitutivo presenta una función importantísima, esencial, pero no es necesario que se adentre en otras cuestiones distintas a la delimitación física del inmueble, sus distintos elementos y servicios y la cuota de participación de cada propietario en la comunidad; en cambio, si lo que se pretende, y como es común, es dejar sentadas las bases de la convivencia, perfilando el contenido de derechos y obligaciones de los copropietarios, el concreto sistema de gobierno y representación de la comunidad, etc., dentro siempre del margen de maniobra que la ley permite a los particulares, corresponderá que se acompañe de un clausulado específico tratando de tales materias. En todo caso, los estatutos no siendo obligatorios como se dice, si existen, se consideran parte del título constitutivo y por tanto su modificación solo procederá mediando unanimidad entre los propietarios.

Precisiones

Echevarría Summers, a quien sigue en este punto Pérez Álvarez, sintetiza el que suele ser contenido habitual de los estatutos con referencia a cinco capítulos, a saber:

- En un primer capítulo, «Disposiciones generales y reglas de aplicación», se hace referencia al sistema de fuentes de la propiedad horizontal y a los principios que lo informan con el fin de dar a conocer el marco jurídico en el que los propietarios habrán de desarrollar su convivencia —comúnmente se limitan a reproducir la regulación legal—.
- En un segundo capítulo, «Elementos privativos y comunes», se incluyen las cláusulas que determinan el carácter privativo o común de los elementos del edificio, las cuotas de participación y la descripción de los servicios del inmueble —sería una réplica del contenido obligatorio del título constitutivo—, pero también las cláusulas de atribución del uso exclusivo de algún elemento a uno o varios propietarios, o de destino de determinados elementos al servicio de la comunidad (salón social o sala de juntas, por ejemplo).
- En un tercer capítulo, «Derechos, obligaciones y prohibiciones a cargo de los diferentes propietarios», se adapta la regulación legal a las peculiaridades del inmueble (por ejemplo, prohibiendo el desarrollo de ciertas actividades en los pisos y locales, o autorizando a realizar operaciones de unión, división o segregación de pisos o locales sin necesidad de contar con la autorización de la junta de propietarios).
- En un capítulo cuarto, «Órganos de administración y representación», se recogerían las cláusulas relativas al funcionamiento orgánico de la comunidad.
- En un quinto capítulo, «Normas referentes al edificio en su conjunto», se incluirían las cláusulas referentes al pago de impuestos por parte de la comunidad, a la determinación de los seguros a concertar o a la apertura de cuentas en entidades bancarias a los efectos de ingresar los fondos comunitarios y las normas sobre gestión y disposición de los mismos.

Finalmente, también puede la comunidad dotarse de **normas de régimen interior** (art. 6 de la LPH). Son los que convienen en llamarse *reglamentos internos* cuyo contenido versará sobre cuestiones tan específicas como el horario de recogida de la basura, el de la calefacción central, el tendido de la ropa, el modo de utilización del ascensor o de los patios, etc. El Reglamento de Régimen Interior se debe considerar un acto de ad-

ministración por lo que el acuerdo para su aprobación o modificación se someterá a la regla ordinaria de la mayoría, tal y como veremos en su momento en relación con el artículo 17 de la LPH.

5.3. ELEMENTOS OBJETIVOS

En la propiedad horizontal debemos distinguir, en primer lugar, un **marco físico de referencia** y necesaria aplicación. El régimen que le es propio y que aquí pretende concretarse se aplicará entonces a una **estructura urbanística edificada** (o en trámites de edificar, con lo que entraría en juego todo el régimen de la prehorizontalidad cuya mayor complejidad hace que obviemos su tratamiento específico en esta Unidad) dividida materialmente en unidades autónomas, susceptibles de aprovechamiento individual o independiente.

En el marco de esa estructura, con mayor detalle, se deben distinguir los elementos de titularidad individual, mejor llamados **privativos de los comunes**, recordando que es en el título constitutivo donde debe especificarse para el edificio el inmueble concreto de que se trate.

Son **elementos privativos**, dice el artículo 396 del CC, «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública», incluyendo los elementos arquitectónicos e instalaciones dentro de aquel espacio (por ejemplo, un tabique) que sirvan exclusivamente al propietario (por ejemplo, no la pared maestra) y los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título constitutivo, aunque se encuentren separados físicamente de la unidad [art. 3, apdo. a) de la LPH]: así una plaza de garaje concreta, una buhardilla o un sótano.

Los **elementos comunes**, en cambio, continúa señalando el Código, son todos aquellos *necesarios o convenientes* para el uso y disfrute de la propiedad sobre cada unidad particular, «tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua ca-

liente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles».

Se trata de una relación a título meramente enunciativo, pero que ya nos propone una distinción básica en cuanto a esta clase de elementos. Existirían, así, una serie de **elementos comunes por naturaleza**, de carácter básico o esencial, para cuya desafectación o alteración (aun siguiendo la regla de la unanimidad entre copropietarios) debería modificarse la propia estructura del edificio; es lo que ocurre, por ejemplo, con el terreno o suelo, el vuelo, los muros maestros y divisorios, las escaleras, etc.

Frente a ellos, estarían los que podríamos llamar **elementos comunes por destino o accidentales**, que son aquellos que, afectados al uso común, podrían perfectamente quedar desafectados (por unanimidad) sin cambiar la estructura, la fisonomía del edificio en absoluto. Así, cabe pensar en el local en origen previsto para el alojamiento del portero, por ejemplo, que tras la supresión del servicio de portería puede desafectarse para ser enajenado o alquilado y con ello sufragar una derrama en ciernes o contribuir a los gastos corrientes de la comunidad, respectivamente.

5.4. CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El **contenido del derecho de propiedad horizontal** está conformado por el conjunto de derechos y obligaciones de cada particular propietario (o quien haga sus veces, en la medida del título acordado con él; por ejemplo, un arrendatario) tanto sobre los elementos privativos como comunes.

5.4.1. En relación con los elementos privativos

Al dueño de cada piso o local le corresponde su propiedad individual, un «derecho singular y exclusivo de propiedad» como lo califica el artículo 3.º, apartado a) de la LPH. Su contenido viene a ser el mismo que el de la propiedad ordinaria, pero el ejercicio de esas facultades está sujeto a importantes limitaciones por el carácter especial de la propiedad horizontal.

Precisiones

Véase lo que se decía sobre el principio de afectación al introducir aquí la propiedad horizontal.

Así, podrá el propietario modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su unidad, siempre y cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

Asimismo, podrá ejercitar la acción de división encaminada a hacer cesar las situaciones de condominio que puedan existir sobre un piso o local determinado, permitiéndosele la división material de pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentar por agregación a otros colindantes del mismo edificio, o disminución por segregación de alguna parte. Pero, en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, sin alteración de las cuotas restantes (art. 8 de la LPH).

De su derecho, podrá cada propietario disponer libremente, pudiendo no solamente transmitir su propiedad, sino que además podrá gravarlo con hipoteca (cfr. art. 107, núm. 11 de la LH). Por supuesto, la transmisión de la propiedad sobre el piso o local conllevará indefectiblemente la de la copropiedad que ostenta sobre los elementos comunes, pues esta resulta inseparable de aquella. Pero, en caso de transmisión o enajenación, no se reconoce derecho de tanteo y retracto en favor de los dueños de los restantes pisos.

Las anteriores serían algunas de sus facultades principales, si bien limitadas en los términos mínimamente apuntados. Más específicamente en cuanto a sus obligaciones, deberá cada propietario:

- Mantener en buen estado de conservación su piso y demás instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder.
- Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por

la creación de servicios comunes de interés general, acordadas por las tres quintas partes de los propietarios, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.

- Permitir la entrada en su piso o local cuando sea necesario para la comunidad, por ejemplo, a los efectos de realizar las reparaciones a que se alude en el apartado anterior.
- Advertir sin dilación al administrador del inmueble la necesidad de las reparaciones urgentes que observare con respecto a los elementos comunes.
- Evitar desarrollar en el piso –y con más razón, en cualquier otra parte del inmueble– actividades prohibidas en los estatutos, dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Se trata de una auténtica prohibición cuya infracción dará lugar a importantes sanciones, pudiendo llegar incluso, por sentencia judicial, a privar al propietario temporalmente de la utilización del piso o si no fuera propietario a la extinción del derecho que tuviera a ocupar la vivienda o local, así como a su inmediato lanzamiento (cfr. art. 7.2 de la LPH).

Precisiones

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes. Si el infractor persistiere en su conducta el presidente, previa autorización de la junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él *acción de cesación* que se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, *la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo*

.../...

.../...

no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o al local, así como su inmediato lanzamiento.

5.4.2. En relación con los elementos comunes

Cada propietario de un piso o local es, a su vez, copropietario de los elementos comunes, *copropiedad inherente e inseparable* de aquella propiedad respecto del elemento privativo que le corresponde. Pero esta copropiedad, por funcional, es indivisible, por lo que los elementos comunes, en tanto no pierdan tal condición (siempre que su desafectación sea posible), no serán «en ningún caso susceptibles de división y solo [las partes en propiedad] podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas conjuntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable», enfatiza en su segundo apartado el tantas veces citado artículo 396 del CC. Por su parte, la LPH agrega que cada copropietario podrá libremente disponer de su derecho, «sin poder separar los elementos [comunes, se entiende] que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad».

EJEMPLO 7

En el correspondiente contrato de arrendamiento podrá pactarse, entonces, que el inquilino pague las expensas comunes, pero ello no podrá repercutir en el régimen común de la comunidad, de modo que el propietario arrendador no dejará de estar obligado frente a ella en caso de impago por parte del inquilino.

Por supuesto, en esa su calidad de copropietario tiene la facultad de uso y disfrute de los elementos y servicios comunes, por sí mismo o tercero (por ejemplo, arrendatario), dentro de la finalidad específica que le sea propia y de los límites fijados en los estatutos y demás normas (internas) de la comunidad.

En cuanto a sus obligaciones respecto a los elementos comunes, las reglas de una buena convivencia requieren que cada propietario deba «respetar las instalaciones ge-

nerales y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local» [art. 9.1 a)], observando «la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responder ante estos de las infracciones cometidas y de los daños causados» [art. 9.1 g)].

Tiene además la «obligación de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización» [art. 9.1 e), apdo. 1.º]. Se refiere con ello a los gastos ordinarios, no a los constitutivos de mejoras, que, por lógica, se someten a un régimen discriminado que es el que se establece puntualmente en el artículo 11 de la ley.

Precisiones

En el aspecto relativo a innovaciones o mejoras no necesarias, ningún propietario puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características (art. 11, apdo. 1.º). Podrá la comunidad, eso sí, aprobar mejoras de esta clase, pudiendo eludir el pago el propietario que no estuviera de acuerdo siempre que la cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades, y siempre que no deba quedar obligado a ellas por la naturaleza o función de la obra a ejecutar, algo que solo podrá entenderse relacionando esto que dice el apartado 2.º del artículo 11 con el régimen de mayorías establecido en el artículo 17 y del que nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

La reforma de 1999 estableció, como novedad, la obligación de cada propietario de contribuir en la misma proporción a la dotación de un fondo de reserva que ha de existir en cada comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca [art. 9.1 f)], estableciendo que dicho fondo de reserva esté dotado con una cantidad no inferior al 5 por 100 del último presupuesto ordinario de la comunidad.

Estas obligaciones, la de contribuir a los gastos de la comunidad y a la adecuada provisión del fondo de reserva, las desarrolla luego la ley en su artículo 21, de modo que deben cumplirse por el propietario de la vivienda o local en el tiempo y forma determinados por la junta de propietarios. En caso contrario, el presidente o el administrador, si así lo acordase la junta, podría exigirselo judicialmente a través del procedimiento monitorio (cfr. arts. 812 y ss. de la LEC –Ley de Enjuiciamiento Civil–).

Pero solo la obligación de contribuir a los gastos generales puede considerarse *propter rem*, en el sentido que ya viéramos en la Unidad didáctica 1; ni las derramas por mejoras ni la obligación de aportar al fondo de reserva gozan de tal condición a partir de la legislación. Así, en relación con los gastos generales, se hace responsable al tercero adquirente de la unidad o local privativo respecto a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año inmediatamente anterior, gozando este crédito a favor de la comunidad de propietarios de la preferencia del artículo 1.923 del CC, precediendo a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto y sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. Ello explica que en la escritura pública mediante la que se transmita el piso o local, el transmitente deba declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales o expresar los que adeude, debiendo aportar en ese momento certificación expedida por el secretario de la comunidad sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento de la escritura pública, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente.

5.5. ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y REPRESENTACIÓN

La propia condición de la propiedad horizontal, en la que concurren elementos privativos y elementos comunes, hace necesario un régimen estable, mínimamente institucionalizado, de administración y representación.

La LPH admite en su artículo 13 dos posibles sistemas, según si el número de propietarios no pasa de cuatro o excede de esta cifra; así podemos distinguir el régimen especial para las pequeñas comunidades del ordinario.

Exactamente, con respecto al primero de esos sistemas, de incidencia práctica minoritaria, «cuando el número de propietarios de viviendas o locales en un edificio no exceda de cuatro (cuatro han de ser las viviendas o locales, no el número de propietarios), podrán acogerse al régimen de administración del artículo 398 del CC, si expresamente lo establecen los estatutos». Se caracteriza, pues, este régimen por permitir que se administre la casa por acuerdos mayoritarios (mayoría de participaciones, con independencia del número de propietarios a favor del acuerdo de que se trate), conforme a las normas propias de la comunidad ordinaria de bienes y prescindiendo de los órganos que la ley establece y que veremos a continuación.

Frente a tal régimen, el ordinario se diseña con la previsión legal de los siguientes «órganos de gobierno» (aunque por la variedad de funciones de cada uno y su impor-

tancia en el entramado convivencial más correcto sería decir de «de administración y gobierno», o como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley «de gestión y administración»).

5.5.1. La asamblea o junta de propietarios

5.5.1.1. Concepto y competencias

La junta de propietarios es el órgano colegiado integrado por todos los propietarios y en el que reside la toma de las decisiones que afecten a la vida de la comunidad.

Sus competencias aparecen claramente especificadas en el artículo 14 de la LPH, refiriendo las de:

- Nombrar y remover a las personas que ejerzan el resto de cargos que se citarán a continuación y resolviendo las reclamaciones que los titulares de los pisos o locales formulen contra la actuación de aquellos.
- Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles y las cuentas correspondientes.
- Aprobar los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca, sean ordinarias o extraordinarias, y ser informada de las medidas urgentes adoptadas por el administrador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 c) de la ley.
- Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior.
- Conocer los demás asuntos de interés general para la comunidad y decidir en ellos, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común.

5.5.1.2. Clases de juntas. Convocatoria y celebración

La junta ha de reunirse por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas (**junta ordinaria**), y en las demás ocasiones que lo considere conveniente el presidente o lo pida la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación (**juntas extraordinarias**).

La **convocatoria** la hará el presidente y, en su defecto, los promotores de la reunión, con indicación de los asuntos a tratar, lugar, día y hora en que se celebrará la Junta en primera o segunda convocatoria, entregándose las citaciones en el domicilio en España designado por cada propietario, y en su defecto en el piso o local de este, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo.

La **citación** para la junta ordinaria anual se hará con seis días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de los interesados. La junta podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria del presidente, siempre que concurren la totalidad de los propietarios y así lo decidan.

Si a la reunión de la junta no concurren, **en primera convocatoria**, la mayoría de los propietarios que representen, a su vez, la mayoría de las cuotas de participación se procederá a una segunda convocatoria de la misma, esta vez sin sujeción a quórum. Esta **segunda convocatoria** se celebrará en el lugar, día y hora indicados en la primera citación, pudiendo celebrarse el mismo día si hubiese transcurrido media hora desde la anterior. En su defecto, será nuevamente convocada dentro de los ocho días naturales siguientes a la junta no celebrada, cursándose en este caso las citaciones con una antelación mínima de tres días.

La **asistencia** a la junta será personal o por representación legal o voluntaria, bastando acreditar esta en un escrito firmado por el propietario. Si el piso o local pertenece en pro indiviso a varios, nombrarán un representante para asistir y votar en las juntas. Si se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario que, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, pero debe ser expresa la delegación cuando se trate de acuerdos que exijan de unanimidad para su adopción (véase epígrafe siguiente) o de obras extraordinarias y de mejora. Los propietarios, que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto. El acta de la junta indicará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en la ley.

5.5.1.3. *Adopción de acuerdos. Auxilio e impugnación judicial*

Según la materia a abordar, la LPH establece un sistema para la adopción de acuerdos basado en el principio de mayoría, siquiera calificada, y donde la unanimidad solo se impone con carácter excepcional. Otro sistema paralizaría en su cotidiano desenvolvimiento la vida de la comunidad.

En concreto, del artículo 17 de la LPH el régimen en orden a los acuerdos de la junta de propietarios se dispone a partir de las siguientes reglas:

- La **unanimidad** solo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad.

EJEMPLO 8

Teniendo bien presente el artículo 12 de la ley cuando dice que la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, se requerirá del voto unánime de propietarios para cualquier obra interesada por cualquiera de ellos sobre los elementos comunes, que los afecte en su estructura o aun altere en su apariencia sustancialmente, pues es de la esencia de estos elementos «pertenecer a todos». Así es que la unanimidad conviene en exigirse por principio para el cerramiento de balcones o terrazas si con ello se rompe con la uniformidad estética del edificio, algo de especial valoración respecto de la fachada.

- El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá **el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación**. Los mismos porcentajes se aplicarán si que se trata de decidir sobre el arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico.
- **El voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación** es el que se requiere, por su parte, para realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos.

Precisiones

A los efectos establecidos de las tres reglas anteriores, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la junta, debidamente citados, quienes, una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes conforme al procedimiento establecido en el artículo 9 de la LPH, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. Y por supuesto, los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto, por haberse cumplido con las reglas de mayoría cualificada, sin importar si es en primera o segunda convocatoria, obligarán a todos los propietarios, debiendo sufragar la derrama vinculada en la proporción que corresponda según su cuota de particulación.

- **Un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación** se requiere para acuerdos sobre instalación, adaptación o modificación de infraestructuras de acceso a servicios de telecomunicación (a los que se refiere el Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero), instalación de sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de energía solar o bien de infraestructuras para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos (por ejemplo, para la instalación de gas-ciudad, gas natural).

Precisiones

Pero en tal caso, la comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras comunes, ni los derivados de su conservación y mantenimiento posterior, sobre aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la junta a favor del acuerdo. No obstante, si con posterioridad solicitasen el acceso a los servicios de telecomunicaciones o a los suministros energéticos y ello requiera aprovechar las nuevas infraestructuras o las adaptaciones realizadas en las preexistentes, podrá autorizárselas siempre que abonen el importe que les hubiera correspondido, debidamente actualizado, aplicando el correspondiente interés legal.

Precisiones

Se ha de decir asimismo que la Ley 19/2009, para facilitar que las comunidades de propietarios puedan adoptar acuerdos para la realización de obras y la instalación de equipos o sistemas que tengan por objeto optimizar la eficiencia energética del edificio, incorporó una regla especial que debe distinguirse de la precedente y que pivota en su alcance entre esta y la segunda aquí anteriormente enumerada. En su virtud, «el establecimiento o supresión de equipos o sistemas distintos de los mencionados en el apartado anterior (energía solar, nuevos suministros energéticos de carácter colectivo) que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá *el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación*». Estos acuerdos obligarán a todos los propietarios, aunque se hace expresa salvedad de que si los equipos o sistemas tuvieran un aprovechamiento privativo, para la adopción del acuerdo bastará *el voto favorable de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación*, aplicándose, en este caso, el sistema de repercusión particular de costes que hemos visto para instalación, adaptación o modificación de infraestructuras de acceso a servicios de telecomunicación o para el aprovechamiento de energía solar, por ejemplo. En todo caso, si se tratara de instalar en el aparcamiento del edificio un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado, siempre que este se ubicara en una plaza individual de garaje, solo se requerirá la comunicación previa a la comunidad de que se procederá a su instalación, siendo, por supuesto, asumido el coste por el o los interesados.

- Para los demás acuerdos, se requerirá, constituyendo la que es, entonces, regla común frente a las especiales por razón de materia detalladas hasta aquí, el **voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación**, bastando en segunda convocatoria el de la mayoría de los asistentes, siempre que esta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

EJEMPLO 9

Sin ir más lejos, la regla (mayoría ordinaria) es aplicable con respecto al nombramiento de los órganos de gestión y dirección, a no ser que en los estatutos se disponga un criterio

.../...

.../...

más estricto, una mayoría de tipo cualificado. También es la regla a la que se debe acudir para la aprobación de las cuentas de la comunidad, así como las obras de conservación o propias de una normal administración, como las de reparación o preservación en relación con un servicio común como es la calefacción, por ejemplo (cfr. art. 10 de la LPH).

Si no pudiera lograrse la mayoría necesaria conforme las reglas anteriores y según la cuestión de que se trate, la ley todavía permitiría al propietario o propietarios interesados acudir al juez en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la segunda junta celebrada al efecto, para que oyendo en comparecencia a los contradictores a la medida propuesta, resuelva en equidad lo que proceda.

Por otra parte, la obtención de la mayoría necesaria no es por sí misma patente de legalidad, por lo que se prevé expresamente la facultad de impugnar judicialmente el acuerdo de que se trate. El artículo 18 de la ley dispone así que serán impugnables los acuerdos que:

- Sean contrarios a la ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios.
- Resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios.
- O supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.

Para la impugnación, estarán legitimados los propietarios que hubiesen salvado su voto en la junta (esto es, hubieran votado en contra, no bastando su abstención o falta de pronunciamiento), los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. En todo caso, deberá estarse al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas, condición que no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación entre los propietarios.

La impugnación de los acuerdos de la junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios.

5.5.2. El presidente

El presidente ha de ser elegido por los propietarios de entre ellos, mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo, siendo obligatorio el nombramiento aunque el propietario designado podrá solicitar su relevo al juez dentro del mes siguiente a su acceso al cargo y, en tal caso –de admitir, pues, su relevo– designará en la misma resolución al propietario que hubiera de sustituir al presidente en el cargo hasta que se proceda a nueva designación en el plazo que se determine también judicialmente. Será igualmente posible acudir al juez cuando, por cualquier causa, fuese imposible para la junta designar presidente de la comunidad.

Al presidente le compete principalmente:

- Representar a la comunidad en los asuntos que le afecten en juicio y fuera de él.
- Convocar la junta tanto para la reunión anual obligatoria como en las demás ocasiones en que lo considere conveniente.

Su nombramiento se hace por un año, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, pudiendo ser removido en junta extraordinaria de propietarios convocada al efecto.

5.5.3. El vicepresidente

Su existencia es facultativa. En tal caso, su nombramiento se realizará por el mismo procedimiento que el establecido para la designación del presidente.

Corresponde al vicepresidente, o a los vicepresidentes por su orden, sustituir al presidente en los casos de ausencia, vacante o imposibilidad de este, así como asistirlo en el ejercicio de sus funciones en los términos que establezca la junta de propietarios.

5.5.4. El secretario

El secretario no es preciso que sea dueño de un piso o local. Sus funciones propias se refieren a la redacción de las actas, autorización de las mismas, y de sus certificaciones y custodia de los documentos de la comunidad.

5.5.5. El administrador

Si los estatutos lo determinan o los propietarios lo acuerdan se nombrará por la junta un administrador, caso contrario, será el propio presidente quien ostente las funciones que por la Ley de Propiedad Horizontal habrían de corresponderle. También es posible que se prevea, en los estatutos, que una única persona actúe como secretario y administrador; la ley habla entonces de secretario-administrador.

Al igual que el secretario, el administrador puede no pertenecer a la comunidad, esto es, ser un tercero no propietario, pudiendo asimismo ser ejercido el cargo por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones, no habiendo problema en que sea una persona jurídica en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Las obligaciones y facultades del administrador se detallan en el artículo 20 de la LPH, son las siguientes:

- Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.
- Preparar con la debida antelación y someter a la junta el plan de gastos pre-visibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos.
- Atender a la conservación y al mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios.
- Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes.
- En su caso, actuar como secretario de junta y custodiar, a disposición de los titulares, la documentación de la comunidad (en alusión, claro está, al caso en que el administrador haga las veces también de secretario).
- Todas las demás atribuciones que se le confieran por la junta.

5.5.6. Otros órganos de gobierno de la comunidad

En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, sin que ello pueda suponer menos-cabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que la LPH atribuye a los anteriormente citados.

Precisiones

A estas alturas cabe recapitular diciendo que de los órganos de gobierno expresamente previstos en la ley solo son necesarios la junta de propietarios y el presidente, siendo los cargos de vicepresidente, secretario y administrador *contingentes* en la medida en que mientras que la figura del vicepresidente puede o no existir, las funciones propias de secretario y administrador serán ejercidas por el presidente, «salvo que los estatutos o la junta de propietarios por acuerdo mayoritario dispongan la provisión de dichos cargos separadamente de la presidencia» (art. 13.5 de la ley). O lo que es lo mismo: tales funciones son necesarias, pero contingente que se cree el cargo, se nombre una persona para su desempeño en específico.

Asimismo, al igual que hemos visto para el de presidente, el nombramiento de todos los demás cargos mencionados se hará por un plazo de un año, y ello también salvo que los estatutos dispongan lo contrario, pudiendo ser removida la persona designada antes por acuerdo de la junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria (art. 13.7).

5.6. EXTINCIÓN

En este punto, debemos distinguir entre el derecho de propiedad horizontal y del propio régimen de este tipo de propiedad.

Así, el **derecho de propiedad horizontal** se extingue contra su titular de forma relativa (esto es, solo para quien fuera hasta ese momento propietario) por su enajenación voluntaria o forzosa, por abandono (no pudiendo liberarse como en el régimen ordinario de las obligaciones contraídas hasta ese momento frente a la comunidad) o por usucapión de un tercero, quien viniera ocupando conforme a los patrones de la prescripción adquisitiva la unidad o local. Por el contrario, se extinguirá de manera absoluta por la destrucción de la unidad o del inmueble en su totalidad.

Precisamente, la destrucción del inmueble es la primera de la dos causas que prevé el artículo 23 de la LPH para que se extinga el *régimen*. La destrucción, dice, se estimará producida cuando el coste de la reconstrucción exceda el 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro.

Precisiones

En relación con esto, es momento para advertir que, después de todo, la LPH no establece como obligatorio para la comunidad de propietarios la contratación de un seguro. Pero lo corriente es que lo tenga contratado como mínimo contra incendios y posibles daños a terceros; esta decisión no requiere de una mayoría superior a la ordinaria.

Como segunda causa, el precepto citado dispone que se extinguirá la propiedad horizontal «por conversión en propiedad o copropiedad ordinaria». Al respecto, conviene recordar, en primer lugar, que ningún propietario puede impetrar la acción de división de la propiedad horizontal como sucede en el régimen ordinario de condominio, por lo que la conversión de la que habla el precepto debería adoptarse por unanimidad y sin que un juez pudiera suplir la voluntad de quien estuviera en contra. Por tanto, ese derecho no existe (cfr. art. 4 de la LPH).

Dicho ello, sin embargo, cuando una sola persona reúna la propiedad de todas las unidades privativas o independientes es obvio que el régimen de la propiedad horizontal, al confluir en una sola persona todos los derechos y obligaciones vinculados, se antojará inútil, algo todavía más patente en relación con el modelo disciplinado en la ley para la toma de acuerdos. Con nadie tendrá que reunirse el único propietario ni convenir para cambiar esto o aquello. Sin embargo, el hecho de la concentración de todas y cada una de las propiedades no puede significar la extinción automática del régimen (al estilo de la consolidación tratándose de los derechos reales limitados), requiriéndose de una declaración expresa de voluntad al respecto, entre otras razones porque la extinción del régimen parece algo poco práctico teniendo en cuenta que bastará con la sola enajenación posterior de una de tales unidades para que el régimen de la propiedad horizontal vuelva a mostrar toda su necesidad (recordando su carácter marcadamente imperativo).

Muchas más dudas plantea, en cambio, que pudiera quedar sometido, por conversión, un edificio con pluralidad de propietarios al régimen de la «copropiedad ordinaria», ya que ello atentaría contra la naturaleza de orden público de la regulación de la propiedad horizontal «en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros», transcribiendo aquí el artículo 3 de la LPH en relación con esas comunidades que reuniendo los requisitos materiales del artículo 396 del CC no contaran todavía con su pertinente título constitutivo de propiedad horizontal.

6. LAS URBANIZACIONES PRIVADAS

La propiedad horizontal, en los términos que le son propios –predicados de un edificio, de un inmueble dividido por plantas o pisos susceptibles de aprovechamiento independiente con pluralidad de propietarios–, no podría aplicarse más que por analogía en relación con las urbanizaciones privadas, caracterizadas por la existencia de una pluralidad de inmuebles, de parcelas separadas entre sí, si no fuera por la inclusión expresa que de ellas ha hecho la reforma de 1999 en el ámbito de la LPH.

Efectivamente, desde la reforma, primero el artículo 2 c) de la ley y luego su artículo 24 establecen que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del CC y desarrollado por la propia ley será aplicable a los que denomina *complejos inmobiliarios privados*. Entendiéndose por tales aquellos que reúnan los dos requisitos siguientes:

- Estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea el de vivienda o «locales».
- Participen los titulares de tales inmuebles –o de las viviendas o los locales en que se encuentren a su vez divididos horizontalmente, pues nada impide que una de las edificaciones integrantes del complejo esté por su cuenta, a su vez, sometida al régimen común de la propiedad horizontal– con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, otras instalaciones o servicios.

Así, el legislador habría optado por que se aplicara a las urbanizaciones privadas la normativa propia de la realidad material con la que más afinidad guardan, sin llegar a obviar la mayor incidencia que la autonomía de la voluntad puede tener en este ámbito. Si bien es cierto que la propiedad horizontal diferiría en su configuración física, externa de los complejos residenciales, también lo es que en un plano estrictamente jurídico, técnico, ambas fórmulas convivenciales expresarían una situación similar en donde –como diría Sapena– las escaleras y los ascensores se habrían transformado en caminos y viales, las terrazas y los patios de luces en zonas verdes y de esparcimiento, y los apartamentos, en parcelas.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- Hay **comunidad de bienes** cuando un bien de naturaleza patrimonial –sea, real, personal o intelectual– pertenece a dos o más sujetos.
- **Debe distinguirse la comunidad de bienes de la sociedad**, más allá de la regulación mercantil en la materia, a partir de tres criterios básicos:
 - **Por razón de su origen.** La sociedad presupone necesariamente la convención, el acuerdo entre los que serán socios, mientras que la comunidad puede existir –hasta ser ello algo habitual– de manera involuntaria o incidental (por ejemplo, comunidad hereditaria, comunidad por mezcla, confusión o conmixción).
 - **Por razón de su finalidad.** La finalidad de la sociedad es la obtención –para su posterior reparto– de ganancias, su objeto es puramente lucrativo; por su parte, la de la comunidad, que se prevé en su esquema ordinario como una situación transitoria –en espera de la muy facilitada división de los bienes entre los cotitulares–, se supedita a favorecer la conservación de los bienes en común, a que los bienes no se perjudiquen respecto de sus naturales utilidades.
 - **Por razón de las obligaciones de los sujetos.** Los socios deben mantener una actitud proactiva, tendiente a la obtención de ganancias, en tanto que los comuneros pueden mantener una actitud pasiva en lo que respecta a un mejor aprovechamiento posible de los bienes, pues no tienen mayor obligación que la de coadyuvar a su conservación.
- En su recepción legal, dos modelos básicos de comunidad de bienes se conocen. La **comunidad** se dice **romana** cuando se la mira con disfavor, como una situación desventajosa por disfuncional en cuanto al mejor aprovechamiento de los bienes además de segura fuente de conflictos entre los partícipes. En consecuencia, se reconoce a cada comunero un «espacio de señorío exclusivo sobre la cosa», que se cifra en la llamada **cuota-parte**: una participación ideal de carácter porcentual en la cosa, en espera de la pronta división material del bien o de la disolución de esta con la consiguiente distribución proporcional entre los interesados por cualquier otra alternativa (adjudicación a uno de ellos, venta en pública subasta). La cuota o, lo

que es lo mismo, la posición cifrada que representa puede ser transmitida a tercero (a reserva de que la legislación prevea, algo ciertamente común, un derecho de adquisición preferente en favor de los demás comuneros). Pero el dato más importante del espíritu individualista que imprime carácter a este tipo genérico de comunidad es que ningún individuo está obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo no solo enajenar su cuota sino forzar la división de la cosa en cualquier tiempo mediante el ejercicio de la acción judicial reconocida al efecto: la *actio communi dividundo*.

Frente a ella, la **comunidad germánica** se basa en la apreciación de la comunidad como una situación, una relación beneficiosa por razón social por lo que se propende a su estabilidad y permanencia. En este tipo de comunidad, el comunero no tiene reconocida «una medida concreta de valor» sobre el bien (en realidad sobre el derecho que se ostenta en conjunto sobre él), ni, en justa consecuencia, suele poder transmitir su posición unilateralmente a tercero. Y por supuesto tampoco puede instar la división de la cosa en común, forzar por su sola voluntad que la comunidad se disuelva.

De comunidad germánica en nuestro ordenamiento es ejemplo la sociedad conyugal de bienes, con sus especialidades; de la romana, la propia regulación del condominio, que explicita el Código Civil en sus artículos 392 y siguientes.

- Puntualmente, el **condominio** se define como la *situación jurídica que se produce cuando el dominio sobre una cosa pertenece pro indiviso a varias personas*. Concebido el condominio así, la regulación del Código Civil está inspirada, se reitera, en el sistema romano: cuotas ideales disponibles y posibilidad de división a instancia de cualquiera de los copropietarios, siendo en consecuencia sus caracteres los siguientes:
 - **Pluralidad de titulares** con respecto al dominio de una cosa, no habiendo límite máximo al respecto, y pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas.
 - **Unidad de la cosa objeto**. Indivisión material, por más que prevista con alcance transitorio, dirimible.
 - **Atribución de cuotas** (división intelectual), las que representan la proporción en que los copropietarios, condóminos, condueños o partícipes han de gozar de los beneficios de la cosa, sufrir las cargas y obtener una parte material de la misma cuando se divida (o de su valor, si es materialmente indivisible).

- Cuatro son los principios rectores del condominio a partir de la regulación del Código:
 - El **principio de autonomía de la voluntad**, por el cual, y salvo en algunos aspectos de interés, se declara la libertad de los partícipes en cuanto a las normas que hayan de regir el condominio, de lo que surge que la regulación del Código es, en líneas generales, dispositiva.
 - El **principio de proporcionalidad**, según el cual «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», presumiéndose iguales, «mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».
 - El **principio (de libertad) individual**, de fuerte impronta en el modelo, y por el cual cada copropietario podrá disponer de su cuota o gravarla en favor de tercero –a reserva del derecho de retracto que se establece a favor del resto–, abandonar su derecho ante el reclamo que le hagan el resto por los gastos comunes, o, sobre todo, pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, con total prescindencia del interés de los demás en que la comunidad continúe, y ello en tanto la cosa en común no se encuentre sometida convencionalmente a causa de temporal indivisión.
 - El **principio colectivo (o democrático)** que se expresa fundamentalmente en cuanto al criterio mayoritario que se establece para la toma de decisiones ordinaria y en la facultad de uso concurrente, de ser posible, que se reconoce a favor de los condueños, sin importar la exacta cuota correspondiente a cada uno.
- El condominio se extingue por las causas comunes de extinción de la propiedad: así, por renuncia o abandono de todos los comuneros, por enajenación de la cosa a tercero (no de una o varias pero no todas las cuotas), por usucapión contra la comunidad, o por pérdida integral de la cosa.

Causas específicas de extinción del condominio serían, propiamente, la **reunión** de todas las cuotas en uno solo de los partícipes, algo a lo que se puede arribar por venta hecha a su favor por los demás, por herencia o por ejercicio de la acción de retracto del artículo 1.522 del CC, y la **división de la cosa común**.

La **división de la cosa común** es, sin duda, la causa más característica, por cuanto como sabemos en el modelo legal dispuesto por el Código «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad», pudiendo «pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». Se trata de un derecho imprescriptible e irrenunciable. Pero con todo se admite pacto unánime de conservar la cosa indivisa, nunca por un tiempo superior a los 10 años. Este plazo podrá prorrogarse por una nueva convención (art. 400, párr. 2.º). Y lo mismo se le permite al donante de la cosa, quien puede imponer por igual tiempo la indivisión de la cosa en común a los donatarios.

- La **división** de la cosa será **material, en especie**, cuando las condiciones naturales o económicas de la cosa lo permitan, lo que significa que no podrá dividirse en lotes si con ello se ve perjudicada en su destino o el resultado pretendido supone una disminución muy considerable de su valor. Siendo posible entonces, se repartirá en tantas partes como comuneros según la medida de sus cuotas, pudiendo, si la cosa a dividir fuera un inmueble edificado, efectuarse la división mediante la transformación de la copropiedad ordinaria en propiedad horizontal.

Solo cuando la *división material*, la *división propiamente dicha* o *en especie* de la cosa no sea posible, y no poniéndose de acuerdo los comuneros en cuál o cuáles de ellos deban quedarse con ella, adjudicársela indemnizando a los demás, se venderá la cosa en pública subasta. Tanto la adjudicación como la venta forzosa se entienden ambas medios de *división*, ya no material, sino *económica* de la cosa.

- En cuanto a sus **efectos**, la división producirá uno fundamental: la extinción del condominio mediante la concreción de las respectivas cuotas, su sustitución, como medida ideal de valor, por la propiedad en exclusiva sobre una parte material de la cosa o, si fuera el caso, de la cantidad que en su lugar se reciba. Pero la división no afectará a los terceros que tuvieran derecho de hipoteca, servidumbre o cualquier otro derecho real o incluso personal (por ejemplo arrendamiento) sobre el bien antes en condominio; la división no les será oponible por principio, sin importar que se haya dividido en lotes, se haya adjudicado a uno de los copropietarios o haya pasado a manos de un tercero. Sin embargo, y también por principio, frente a los acreedores personales de los copropietarios la división sí será oponible, no pudiendo agredir, ir contra el lote que le haya correspondido al que no fuera deudor personal suyo, salvo que demostraran que mediante la división hubiera operado fraude contra sus intereses.

- Superando el modelo del Código, la propiedad horizontal se construye a partir de la conciliación del dominio exclusivo de los pisos o apartamentos de un edificio con el condominio –declarado indivisible por la ley como consecuencia de su naturaleza funcional y accesoria– sobre el suelo y demás elementos de uso necesaria o convenientemente común. Por su destino (de ordinario residencial y) permanente, esa combinación de elementos se somete a un régimen que lo distingue especialmente. Tres serían sus principios rectores: el de inescindibilidad, el de afectación y el de organización.
 - Por el principio de **inescindibilidad** se indica la intrínseca y esencial relación que se produce entre el derecho que se ostenta sobre cada unidad particular y el disfrute de los elementos colectivos. La una no se concibe sin los otros, y viceversa. El principio se concreta, primero, en la imposibilidad jurídica de enajenar, gravar, embargar o disponer de los elementos comunes si no se hace lo propio con el derecho que se tiene sobre la unidad particular respectiva; segundo, en la indivisibilidad del derecho de (con)dominio que sobre ellos se ostenta por el hecho de ser propietario de la unidad o local de referencia.
 - Esa vinculación entre los elementos privativos y los elementos comunes supone la sujeción de todo el inmueble a un fin, a una función colectiva, la de servir de residencia (o fin análogo y compatible, como sucede con los inmuebles destinados mayormente a servicios u oficinas). Sujeción común que de ordinario se hace a través de un acto formal (instrumentado a través del que se llama *título constitutivo* de la propiedad horizontal) y que se traduce en el **principio de afectación**, el cual no se traduce exclusivamente en la destinación de los elementos comunes al aprovechamiento colectivo, sino también en la consideración de que el uso de los elementos privativos debe gobernarse por el objeto residencial de todo el inmueble, y de ahí las importantes limitaciones que por tal razón se impone a cada propietario con respecto al uso y disfrute de su unidad.
 - El tercer y último principio es el de **organización**. En ella se refleja la necesidad de que toda esa estructura sea gestionada ordenadamente. El gobierno del edificio estará en manos de los propietarios de las unidades funcionales, quienes decidirán directamente (junta de propietarios) o a través de las personas nombradas al efecto (presidente, administrador) y ello conforme al marco estatutario establecido para la comunidad, alejándose en este punto, y por el carácter estable de la comunidad, de las normas del Código Civil (arts. 397 y 398), de modo que podrán

acordarse actos de alteración jurídica o física sobre el edificio, o sobre los elementos de propiedad común, sin contar con la voluntad unánime de todos los copropietarios.

- La regulación legal sobre la propiedad horizontal, recogida en el artículo 396 del CC y en la Ley de 21 de julio 1960, varias veces reformada, es de aplicación imperativa, por lo que no es necesario un acto de formal constitución para que el grueso de sus preceptos hayan de considerarse para dirimir los conflictos entre varios propietarios de distintas unidades o lotes independientes en un mismo edificio. No obstante, lo corriente –y conveniente– es que así se haga, y ante notario. En el llamado **título constitutivo** de la propiedad horizontal se describirán los elementos del edificio, tanto comunes como independientes o privativos (unidades o locales se les dice en la ley), se fijará la cuota de participación de cada piso o local en el conjunto del inmueble, módulo imprescindible para determinar la participación en las cargas y los beneficios por razón de la comunidad, y, en su caso, se incluirán los **estatutos** de la comunidad, esto es, las reglas básicas, nunca prohibidas por la ley, en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, etc. Finalmente, también puede la comunidad dotarse de **normas de régimen interior**, o **reglamentos internos** cuyo contenido versará sobre cuestiones mucho más específicas y cotidianas (horario de recogida de la basura, el de la calefacción central, el tendido de la ropa, el modo de utilización del ascensor o de los patios, etc.).
- En cuanto a los elementos objetivos de la propiedad horizontal, ha de distinguirse, en primer lugar, su **marco físico de referencia** y necesaria aplicación. El régimen que le es propio se aplicará entonces a una **estructura urbanística edificada** (o en trámites de edificar) dividida materialmente en unidades autónomas, susceptibles de aprovechamiento individual o independiente.

En el marco de esa estructura, con mayor detalle, se deben distinguir los elementos de titularidad individual, mejor llamados **privativos de los comunes**, recordando que es en el título constitutivo donde deben especificarse para el edificio el inmueble concreto de que se trate.

Son **elementos privativos**, dice el artículo 396 del CC, «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública», incluyendo los elementos arquitectónicos e instalaciones dentro de aquel espacio (por ejemplo, un tabique) que sirvan exclusivamente al propietario (por ejemplo, no la pared maestra) y los anejos que expresa-

mente hayan sido señalados en el título constitutivo, aunque se encuentren separados físicamente de la unidad: así una plaza de garaje concreta, una buhardilla o un sótano.

Los **elementos comunes**, en cambio, continúa señalando el Código, son todos aquellos *necesarios o convenientes* para el uso y disfrute de la propiedad sobre cada unidad particular, «tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles».

Se trata de una relación a título meramente enunciativo, pero que ya nos propone una distinción básica en cuanto a esta clase de elementos. Existirían, así, una serie de **elementos comunes por naturaleza**, de carácter básico o esencial, para cuya desafectación o alteración (aun siguiendo la regla de la unanimidad entre copropietarios) debería modificarse la propia estructura del edificio (terreno o suelo, vuelo, muros maestros y divisorios, escaleras, etc.).

Frente a ellos, estarían los que podríamos llamar **elementos comunes por destino o accidentales**, que son aquellos que, afectados al uso común, podrían perfectamente quedar desafectados (por unanimidad) sin cambiar la estructura, la fisonomía del edificio en absoluto (por ejemplo, el local previsto originalmente para vivienda del portero).

- El contenido del derecho de propiedad horizontal está conformado por el conjunto de derechos y obligaciones de cada particular propietario (o quien haga sus veces, en la medida del título acordado con él; por ejemplo, un arrendatario) tanto sobre los elementos comunes como los privativos.

- En relación con los elementos privativos, al dueño de cada piso o local le corresponde su propiedad individual, un «derecho singular y exclusivo de propiedad» como se califica por la LPH. Su contenido viene a ser el mismo que el de la propiedad ordinaria, pero el ejercicio de esas facultades está sujeto a importantes limitaciones por el carácter especial de la propiedad horizontal. Así, podrá el propietario modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su unidad, siempre y cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad. Igualmente, podrá ejercitar la acción de división encaminada a hacer cesar las situaciones de condominio que puedan existir sobre un piso o local determinado, permitiéndosele la división material de pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentar por agregación a otros colindantes del mismo edificio, o disminución por segregación de alguna parte. Pero, en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, sin alteración de las cuotas restantes. Asimismo, de su derecho podrá cada propietario disponer libremente, pudiendo no solamente transmitir su propiedad, sino que además podrá gravarlo con hipoteca. Por supuesto, la transmisión de la propiedad sobre el piso o local conllevará indefectiblemente la de la copropiedad que ostenta sobre los elementos comunes, pues esta resulta inseparable de aquella. Pero, en caso de transmisión o enajenación, no se reconoce derecho de tanteo y retracto en favor de los dueños de los restantes pisos.
- En cuanto a sus obligaciones respecto de los elementos privativos, deberá cada propietario:
 - Mantener en buen estado de conservación su piso y demás instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder.
 - Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general, acordadas por las tres quintas partes de los propietarios, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.
 - Permitir la entrada en su piso o local cuando sea necesario para la comunidad, por ejemplo, a los efectos de realizar las reparaciones a que se alude en el apartado anterior.

- Advertir sin dilación al administrador del inmueble la necesidad de las reparaciones urgentes que observare con respecto a los elementos comunes.
 - Evitar desarrollar en el piso –y con más razón, en cualquier otra parte del inmueble– actividades prohibidas en los estatutos, dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Se trata esta de una auténtica prohibición cuya infracción dará lugar a importantes sanciones, pudiendo llegar incluso, por sentencia judicial, a privar al propietario temporalmente de la utilización del piso o si no fuera propietario a la extinción del derecho que tuviera a ocupar la vivienda o local, así como a su inmediato lanzamiento.
- Por su parte, en relación con los elementos comunes, sabemos que cada propietario de un piso o local será, a su vez, copropietario de los elementos comunes, *copropiedad inherente e inseparable* de aquella propiedad respecto del elemento privativo que le corresponde. Pero esta copropiedad, por funcional, es indivisible, por lo que los elementos comunes, en tanto no pierdan tal condición (siempre que su desafectación sea posible), no serán «en ningún caso susceptibles de división y solo [las partes en la propiedad] podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas conjuntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable», enfatiza en su segundo apartado el artículo 396 del CC.

Por supuesto, en esa su calidad de copropietario tiene la facultad de uso y disfrute de los elementos y servicios comunes, por sí mismo o tercero (por ejemplo, arrendatario), dentro de la finalidad específica que le sea propia y de los límites fijados en los estatutos y demás normas (internas) de la comunidad.

En cuanto a sus obligaciones respecto a los elementos comunes, las reglas de una buena convivencia requieren que cada propietario deba «respetar las instalaciones generales y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local», observando «la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responder ante estos de las infracciones cometidas y de los daños causados». Tiene además la «obligación de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

En su tratamiento legal, la obligación de contribuir a los gastos generales, recuérdese, opera *propter rem*. Así, en relación con los gastos generales, se hace responsable al tercero adquirente de la unidad o local privativo respecto a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año inmediatamente anterior, reconociéndose este crédito como privilegiado. Ello explica que en la escritura pública mediante la que se transmite el piso o local, el transmitente deba declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales o expresar los que adeude, debiendo aportar en ese momento certificación expedida por el secretario de la comunidad sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento de la escritura pública, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente.

- La propia condición de la propiedad horizontal, en el que concurren elementos privativos y elementos comunes, hace necesario un régimen estable, mínimamente institucionalizado, de administración y representación. Sobre el particular, la ley admite dos posibles sistemas, según si el número de propietarios no pasa de cuatro o excede de esta cifra; así podemos distinguir el régimen especial para las pequeñas comunidades del ordinario.
- Exactamente, con respecto al primero de esos sistemas, de incidencia práctica minoritaria, «cuando el número de propietarios de viviendas o locales en un edificio no exceda de cuatro [cuatro han de ser las viviendas o locales, no el número de propietarios], podrán acogerse al régimen de administración del artículo 398 del CC, si expresamente lo establecen los estatutos». Se caracteriza, pues, este régimen por permitir que se administre la casa por acuerdos mayoritarios (mayoría de participaciones, con independencia del número de propietarios a favor del acuerdo de que se trate), conforme a las normas propias de la comunidad ordinaria de bienes y prescindiendo de los órganos que la ley establece.
- Frente a tal régimen, el ordinario se diseña con la previsión legal de los siguientes órganos: la asamblea o junta de propietarios, el presidente, el vicepresidente, el secretario y el administrador.
 - La **asamblea o junta de propietarios** es el órgano colegiado integrado por todos los propietarios y en el que reside la toma de las decisiones que afecten a la vida de la comunidad. La junta ha de reunirse por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas (**junta ordinaria**), y en las demás ocasiones que lo considere con-

veniente el presidente o lo pida la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación (**juntas extraordinarias**). Según la materia a abordar, la LPH establece un sistema para la adopción de acuerdos basado en el principio de mayoría, siquiera calificada, y donde la unanimidad solo se impone con carácter excepcional.

- El **presidente de la comunidad** ha de ser elegido por los propietarios de entre ellos, mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo, siendo obligatorio el nombramiento. Al presidente le compete representar, en juicio y fuera de él, a la comunidad en los asuntos que le afecten, y convocar la junta, tanto para la reunión anual obligatoria como en las demás ocasiones en que lo considere conveniente. Su nombramiento, como el del resto de cargos de la comunidad, se hace por un año, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, pudiendo ser removido en junta extraordinaria convocada al efecto.
- La existencia de **vicepresidente** es facultativa. En tal caso, su nombramiento se realizará por el mismo procedimiento que el establecido para la designación del presidente. Corresponde al vicepresidente, o a los vicepresidentes por su orden, sustituir al presidente en los casos de ausencia, vacante o imposibilidad de este, así como asistirlo en el ejercicio de sus funciones en los términos que establezca la junta de propietarios.
- Por el contrario, ni el **secretario** ni el **administrador** de la comunidad, cargos que pueden acumularse, han de ser necesariamente dueños de un piso o local. Las funciones propias del secretario se refieren a la redacción de las actas, autorización de las mismas, y de sus certificaciones y custodia de los documentos de la comunidad. Las obligaciones y facultades del administrador son las siguientes:
 - Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.
 - Preparar con la debida antelación y someter a la junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos.

- Atender a la conservación y mantenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios.
 - Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes.
 - Actuar, en su caso, como secretario de junta y custodiar, a disposición de los titulares, la documentación de la comunidad (en alusión al caso en que el administrador haga las veces también de secretario); así como todas las demás atribuciones que se le confieran por la Junta.
- El *derecho de propiedad horizontal* se extingue contra su titular de forma relativa (esto es, solo para quien fuera hasta ese momento propietario) por su enajenación voluntaria o forzosa, por abandono (no pudiendo liberarse como en el régimen ordinario de las obligaciones contraídas hasta ese momento frente a la comunidad) o por usucapión de un tercero, quien viniera ocupando conforme a los patrones de la prescripción adquisitiva la unidad o local. Por el contrario, se extinguirá de manera absoluta por la destrucción de la unidad o del inmueble en su totalidad.

Precisamente, la destrucción del inmueble es la primera de las dos causas que prevé el artículo 23 de la LPH para que se extinga el régimen y no de los derechos privativos vinculados. La destrucción, dice, se estimará producida cuando el coste de la reconstrucción exceda el 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro. Como segunda causa, el precepto citado dispone que se extinguirá la propiedad horizontal «por conversión en propiedad o copropiedad ordinaria». Al respecto, conviene recordar, en primer lugar, que ningún propietario puede impetrar la acción de división de la propiedad horizontal como sucede en el régimen ordinario de condominio, por lo que la conversión de la que habla el precepto debería adoptarse por unanimidad y sin que un juez pudiera suplir la voluntad de quien estuviera en contra. Por tanto, ese derecho no existe.

Dicho ello, sin embargo, cuando una sola persona reúna la propiedad de todas las unidades privativas o independientes es obvio que el régimen de la propiedad horizontal, al confluir en una sola persona todos los derechos y obligaciones vinculados, se antojará inútil, algo todavía más patente en relación con el modelo disciplinado en la ley para la toma de acuerdos. Con nadie tendrá

que reunirse el único propietario ni convenir para cambiar esto o aquello. Sin embargo, el hecho de la concentración de todas y cada una de las propiedades no puede significar la extinción automática (al estilo de la consolidación tratándose de los derechos reales limitados) del régimen, requiriéndose de una declaración expresa de voluntad al respecto, entre otras razones, porque la extinción del régimen parece algo poco práctico teniendo en cuenta que bastará con la sola enajenación posterior de una de tales unidades para que el régimen de la propiedad horizontal vuelva a mostrar toda su necesidad (recordando su carácter marcadamente imperativo).

- Finalmente ha de advertirse que la LPH se aplicará igualmente a las **urbanizaciones privadas**, a los complejos que llama inmobiliarios privados, entendiendo por tales aquellos:
 - Que estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas interdependientes entre sí cuyo destino principal sea el de vivienda o «locales», y
 - En los que participen los titulares de tales inmuebles con carácter inherente a su derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, otras instalaciones o servicios.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

En el régimen del condominio, todo condueño tendrá la propiedad plena de su parte y la de los frutos y las utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla:

- a) Con el consentimiento unánime de los demás condueños.
- b) Con el consentimiento por mayoría de los demás condueños.
- c) Sin que exista derecho de retracto de los demás condueños.
- d) Con efectos limitados a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

Enunciado 2

El 11 de enero de 1986 falleció doña María del Pilar bajo testamento abierto, en el que dispuso que dejaba a su hija Pilar los tercios de mejora y de libre disposición de su herencia en pleno dominio, en razón a la compañía y ayuda moral y material que le había prestado durante su vejez. Además, instituyó herederos por partes iguales a sus tres hijos, José, Juan Antonio y Pilar.

En la edificación principal o chalé, Pilar, de estado soltera, tenía su vivienda habitual, y allí había convivido con su difunta madre. En cuerpo de edificación separado de la vivienda principal, José tenía su vivienda habitual.

En mayo de 1986, Juan Antonio promovió contra sus hermanos un proceso en el que pidió que se declarara:

- Que tenía derecho a entrar, permanecer y residir con su familia en la vivienda principal, utilizando las habitaciones precisas al efecto y sin menoscabo de la ocupación simultánea del inmueble por parte de su hermana.
 - Que tenía derecho a que se procediera a la división del inmueble, mediante la formación de tres viviendas independientes con la superficie y características que se concretaran precisamente.
 - Que en caso de que se estimara que la división material de la finca implicara la inutilidad o el desmerecimiento excesivo de la misma y los interesados no convinieran en que se adjudicara a uno de ellos indemnizando a los demás, tenía derecho a que se vendiera la finca en pública subasta.
- a) ¿Tendría Juan Antonio derecho a usar el chalé? ¿Podría negarse su hermana a tal pretensión?
 - b) ¿Podrían los tres hermanos acordar un sucesivo uso de la totalidad del chalé con carácter temporal hasta la disolución de la comunidad por venta en pública subasta? Dicho acuerdo, ¿podrían adoptarlo por mayoría o sería necesaria la unanimidad?

Enunciado 3

Es una limitación al derecho de instar la división de la cosa común:

- a) Que exista pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de 10 años improrrogables.
- b) Que exista pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de 10 años prorrogables.
- c) Que el donante haya impuesto la indivisión de la cosa donada de modo indefinido.
- d) Que la cosa sea indivisible, en cuyo caso tampoco se podrá pedir la disolución de la comunidad.

Enunciado 4

La cuota de participación de cada copropietario en la propiedad horizontal quedará en un principio establecida en:

- a) Los estatutos del edificio o complejo inmobiliario de que se trate.
- b) Su reglamento de régimen interior.
- c) Su título constitutivo.
- d) La escritura pública en cuya virtud se instrumentalice la primera adquisición por un particular de la unidad o local de referencia.

Enunciado 5

El incumplimiento o infracción de las obligaciones impuestas a cada uno de los dueños de los pisos y locales en el régimen de propiedad horizontal puede ser sancionado:

- a) Con la privación temporal al propietario de la utilización del piso o local.
- b) Por vía administrativa.
- c) Por vía jurisdiccional penal.
- d) Por la junta de propietarios.

Enunciado 6

No se extingue la propiedad horizontal:

- a) Por el deterioro sustancial del edificio, de modo que para su reconstrucción sea necesaria una inversión a cargo de la comunidad superior o equivalente a un 50 por 100 del valor del inmueble.
- b) Por la acción de división de los elementos comunes impetrada por la mayoría de los copropietarios.
- c) Por su conversión formal en propiedad individual u ordinaria.
- d) Por la destrucción total del edificio.

Solución 1

- d) Con efectos limitados a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

Solución 2

Conviene que se contesten las dos preguntas planteadas de forma conjunta. El supuesto de hecho, tomado en su formulación del libro *Derechos reales: casos y cuestiones* (coordinado por R. Ballarín *et al.*), sería objeto de concreto análisis por el Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 23 de marzo de 1991 (RJ 2437\1991).

En principio, Juan Antonio tendría derecho a usar el chalé, pero como lo tiene su hermana, ya instalada en el mismo. Sin embargo, se hace impracticable que tenga lugar de forma concurrente, conjunta o simultánea. Sería necesario, pues, que se pusieran de acuerdo, en principio, entre todos. Pero como la unanimidad no se logró obtener, y mientras se disolviera la comunidad de un modo u otro, procedería dirimir el conflicto de forma provisional hasta que tuviera lugar. Y así el Supremo se despacha, exactamente sobre el caso puntualmente planteado, recordando, primero, la sentencia recurrida por la cual, en estricta aplicación del artículo 394 del CC, se reconociera al hermano derecho a entrar, permanecer y residir con su familia en el edificio, «utilizando las habitaciones precisas al efecto y sin menoscabo de la ocupación simultánea del inmueble por parte de sus hermanos, en tanto se produzca la disolución de la comunidad».

Ante ello, su hermana recurriría basando, en esencia, su impugnación en que ella habría tenido su domicilio habitual en el chalé, en el que, por su estado de soltera, convivía con su madre, por lo que el uso, en la forma concedida y declarada por la sentencia recurrida, del chalé por su hermano, con el que las relaciones no son cordiales, vendría a crear para todos graves problemas de convivencia. Y así, si bien el artículo 394 del CC no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes a usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, el Supremo hubo de llegar a la conclusión de que el precepto no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurriría, cuando, como en el caso se trataba de vivienda o chalé, pues el uso indiscriminado y promiscuo por todos los condueños (que además estaban enemistados), aunque fuera con carácter temporal hasta que se llevara a efecto la disolución de la comunidad, «supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias, que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar».

Por tanto, el Supremo llega a la conclusión de que la sentencia recurrida no habría aplicado correctamente el artículo 394 del CC, no porque hubiese declarado el derecho del actor a usar del chalé, que le era innegable, *sino por haberlo hecho de manera indiscriminada y sin fijación de pautas que permitieran el uso del chalé a los hermanos litigantes, eliminando en la mayor medida de lo posible los inevitables conflictos y problemas de tan anómala convivencia*, como puede ser determinar en fase de ejecución de sentencia cuáles son las habitaciones concretas del chalé que, en proporción a su cuota, tiene derecho a usar el actor, aquí recurrido, *o bien a opción de los condueños por mayoría de cuotas*, establecer y regular un sucesivo y cronológico uso exclusivo de la totalidad del chalé por cada uno de los condueños, por meses sucesivos (uno cada uno), y *todo ello, con carácter temporal y provisional, hasta que se produzca la ya acordada disolución de la comunidad mediante venta en pública subasta del inmueble litigioso*. Por ello el Supremo procedió a estimar el motivo de impugnación presentado por la hermana.

Solución 3

- b) Que exista pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de 10 años prorrogables.

Solución 4

- c) Su título constitutivo.

Solución 5

- a) Con la privación temporal al propietario de la utilización del piso o local.

Solución 6

- b) Por la acción de división de los elementos comunes impetrada por la mayoría de los copropietarios.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2010.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, Madrid: Civitas, 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español: comentarios a la Ley de 21 de julio de 1960*, Madrid: EDERSA, 1983.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, III-2.º, Madrid: Dykinson, 2004.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Comentario a los artículos 392 y siguientes», en VV.AA., *Comentarios al Código Civil*, I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.

PABLO CONTRERAS, P. de, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º, Revista de Derecho Privado, Madrid: diversos años y ediciones.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1900.

Avanzada

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

ECHEVARRÍA SUMMERS, F.M.: *El estatuto de la Propiedad Horizontal*, Granada: Comares, 2000.

FUENTES LOJO, J.V.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal: después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, Barcelona: Bosch, 2002.

MONTERROSO CASADO, E.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid: Udimas, 2011.

PÉREZ PASCUAL, E.: *El derecho de propiedad horizontal: un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 1974.

SAPENA TOMÁS, J.: «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVI, 1968, págs. 483 y ss.

UNIDAD
DIDÁCTICA

8

EL USUFRUCTO. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El usufructo: concepto y caracteres
2. La consideración del usufructo en algunos casos en particular
3. Constitución
4. Contenido
 - 4.1. Derechos del usufructuario
 - 4.2. Obligaciones del usufructuario
 - 4.2.1. Anteriores a entrar en la posesión de las cosas
 - 4.2.1.1. El inventario
 - 4.2.1.2. La fianza
 - 4.2.2. Coetáneos al ejercicio del derecho de usufructo: el principio de salva rerum substantia
 - 4.2.3. Posteriores
 - 4.3. Estatuto del nudo propietario
5. Los derechos de uso y habitación

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Se presentan en esta Unidad didáctica, con desarrollo de su régimen típico, los derechos de usufructo, uso y habitación. A diferencia de las servidumbres, con las que, como sabemos, comparten la categoría de los derechos de disfrute, nos encontramos ante gravámenes de fuerte repercusión, incidencia en el estatuto de la propiedad, por lo que son varios los recaudos propios de su disciplina. Entre ellos, y por encima de todos, destaca la esencial temporalidad de estos derechos, a fin de que la propiedad no quede reducida a una mera titularidad formal, que, por irrealizable en cuanto el uso y disfrute nunca acabaría de corresponder al propietario. Otros serían los relativos a la formación de inventario y a la prestación de garantía suficiente con vistas a la debida restitución de la cosa al propietario sin deterioros anormales imputables al usufructuario, usuario o habitacionista.

1. EL USUFRUCTO: CONCEPTO Y CARACTERES

En la clásica definición de Paulo, el **usufructo** es el derecho real que consiste en «usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia» (*Digesto* 7, 1, 1; *Institutas* 2, 4, pr.). Se trata del derecho, establece el artículo 467 del CC, que permite «disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa».

El usufructo hubo de nacer en Roma a modo de cláusula testamentaria en beneficio de aquellas personas, básicamente las mujeres casadas *sine manu*, esto es, sin haber ingresado en la familia del marido, que para el *ius civile* no contaban con un derecho propio a participar en la sucesión de su consorte. Ante la necesidad de dotar de sustento a la viuda, en similares condiciones a las que rodearon en vida del cónyuge al matrimonio, se ideó el recurso de concederle un goce temporal aunque exclusivo sobre el conjunto o una parte de los bienes de la herencia, con lo que en lo formal, al no involucrar una disposición definitiva, no habría de disminuir la cuota de los hijos o de los otros herederos. Únicamente se les imponía el cargo de tener que esperar para disfrutar de los bienes.

Por tanto, surge el usufructo como un instrumento de corte netamente familiar, rasgo que tras más de veinte siglos de evolución, tras reconocerse como derecho susceptible de constituirse también a título oneroso, por contrato, o a favor de personas jurídicas, ha venido acompañándolo hasta nuestros días, como demuestra que lo más normal siga siendo su establecimiento entre parientes.

En cuanto a su naturaleza jurídica, frente al dominio, el usufructo se trata de un gravamen de considerable alcance, sin llegar a perder, no obstante, su índole de derecho limitado. Esta nota de carácter limitado se manifiesta en los siguientes factores que hacen al tipo:

- Su esencial temporalidad.
- El respeto a la integridad sustancial de la cosa –en cuanto a sus cualidades naturales y a la finalidad productiva o de servicio que la caracterice–, al que debe de ajustarse en sus actos la persona de su titular (**usufructuario**).

- La obligación de restitución que hace a su régimen, por la cual la cosa debe ser devuelta al término de la relación al propietario.

Es verdad que el comportamiento del usufructuario podrá asemejarse externamente al del propietario, analogía que es meramente superficial, pues no se encontraría autorizado para disponer de la cosa, haciéndose responsable si lo hiciera. Por el contrario, si se aceptara que el *ius abutendi* hubiera de corresponder al usufructuario, que quedara a su arbitrio el consumir o cambiar de destino económico la cosa, se desbarataría la lógica del sistema: el dominio dejaría de serlo de haber otro instituto que comprendiera la plenitud de facultades sobre la cosa.

Introducido así, los caracteres del usufructo, como tipo diferenciado entre los derechos reales, serían los siguientes:

- **Es un derecho limitado**, a diferencia del dominio que comprende todas las utilidades posibles sobre una cosa. El dominio seguirá siendo pleno por todo el término del usufructo, pese a que el dueño no pueda poner en práctica o ejercitar transitoriamente buena parte de sus facultades, al punto de que se le reputa *nudo propietario*, expresión con la que se quiere aludir a que de ordinario no podrá usar ni disfrutar de la cosa en tanto sobre ella penda el usufructo.
- Sin embargo, en cuanto derecho real limitado, **se caracteriza por la amplitud de la facultad de goce** (a diferencia de los derechos de uso y habitación y de las servidumbres), pero con las restricciones que implican su carácter temporal y la natural obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes a cargo del usufructuario, para cumplir con la correspondiente restitución a la extinción del derecho.
- **Es un derecho real esencialmente temporal**. El usufructo ha de ser temporal porque si fuera perpetuo la propiedad no existiría. De otro modo: si el dueño no pudiera en más hacer uso ni disfrutar de lo que le perteneciera, su título no valdría para nada, por no decir que la prohibición de alterar la sustancia de la cosa se tornaría inexplicable, si, por ser perpetuo el derecho, la cosa no tuviera en algún momento que restituirse.

Y siendo temporal, de constituirse el derecho en favor de una persona física, se entiende *naturalmente* vitalicio, en la medida de que no se extinguirá hasta el fallecimiento de su titular, a no ser que en el título constitutivo se haya introducido plazo, condición o circunstancia por la que hubiera de extinguirse antes.

Precisiones

No obstante, si el usufructo se ha constituido en favor de varias personas a la vez, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere (cfr. art. 521 del CC), acreciendo su parte –salvo que otra cosa en particular se hubiera dispuesto en el título constitutivo– en favor de los demás.

Puede constituirse también un usufructo sucesivo, de modo que a la muerte del primer usufructuario otro venga a sustituirlo. En este caso, solo con el fallecimiento del último de los llamados se extinguirá el usufructo, y ello siempre dentro del límite justificado del que trataremos en el epígrafe siguiente, vinculado con la doctrina del artículo 781 del CC que conviene en aplicarse al supuesto.

Por último, si el usufructuario es una persona jurídica, el usufructo se extinguirá por la extinción de la misma (siempre que la extinción de la persona jurídica no sea resultado de una operación de fusión o sucesión empresarial) y en todo caso a los 30 años (art. 515 del CC).

- **Es un derecho** mediatamente **transmisible**, ya que si bien se admite su enajenación por cualquier clase de título, oneroso o gratuito, la transmisión quedará condicionada en sus efectos por la referida temporalidad del usufructo, lo que significa que el derecho, aun en cabeza de un tercero adquirente, habrá de extinguirse igualmente en el tiempo que correspondería de no haber habido transmisión.

Para la transmisión del derecho de usufructo no se requiere del consentimiento del nudo propietario, primero, porque, como se ha dicho, la transmisión no podrá extender el gravamen más allá de lo previsto, y segundo, porque el Código hace expresa salvedad de que por más que el usufructuario enajene su derecho de usufructo, «será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya» (art. 498).

La regla, pues, es que la eventual transmisión del derecho de usufructo no puede perjudicar *en modo alguno* al propietario.

- **Es un derecho** naturalmente **gratuito**, no porque los interesados no puedan constituir esta clase de gravamen a título oneroso, algo que en la práctica se torna verdaderamente excepcional, sino porque, conforme a los antecedentes clásicos de la figura, toda la regulación del Código parte de la consideración gratuita del usufructo, de que no se pague renta o merced como contraprestación.

2. LA CONSIDERACIÓN DEL USUFRUCTO EN ALGUNOS CASOS EN PARTICULAR

Si como se ha destacado y reiterado, la temporalidad se trata de una nota esencial del usufructo, y el usufructuario debe restituir la cosa entregada sin haber podido cambiarla en su forma o sustancia, toca fijarnos desde ya en dos previsiones legales que parecen poner en tela de juicio el contenido característico del usufructo, y sin cuya exacta valoración podría quedar difuminado como tipo en el contexto general de nuestro sistema de derechos reales. Me refiero, en primer lugar, a la parte final del artículo 467 del CC, donde luego de definir el usufructo como el derecho de disfrutar de un bien ajeno conservando su forma y sustancia, se termina advirtiendo que esa obligación lo será en tanto «*el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*»; y en segundo lugar, al artículo 469 del CC, en cuanto permite que el usufructo se constituya en favor de varias personas *sucesivamente*.

En relación con el artículo 467 del CC, correspondería tratar por ahora dos institutos diferenciados: el **usufructo con facultad de disponer** y el **cuasiusufructo**.

El **usufructo con facultad de disponer**, entiéndase no ya del derecho de usufructo (que es disponible en los términos señalados en el epígrafe anterior), sino de la propiedad misma, es decir del dominio sobre el bien gravado, se trata de una figura no regulada en el Código Civil aunque arraigada en nuestra práctica, por la que se concede expresamente en el *título constitutivo* del usufructo la posibilidad *de enajenar* el bien ante determinadas circunstancias, que puede quedar incluso a la libre determinación del usufructuario, como cuando simplemente se prevé que pueda vender el bien «en caso de necesidad».

Precisiones

En el ámbito del *ius abutendi*, núcleo característico de la propiedad y extraño, por tanto, al régimen común del usufructo, el usufructo con facultad de disponer, habilitando a la enajenación del bien si fuera necesario, debe distinguirse de aquellos usufructos donde puede permitirse al usufructuario que cambie el destino al que se dedica el bien (por ejemplo, de agrario a turístico). La disposición sobre el bien en el usufructo, que ahora contemplamos, se traduce en la anticipada legitimación que se atribuye, pese a todo, a quien no es propietario, con vistas a la posibilidad de vender la propiedad sin necesitar del concurso del nudo propietario, mientras que en el segundo caso, del que nos ocuparemos en el epígrafe 4 de esta Unidad, la facultad de disposición hace a lo puramente material; pero

.../...

.../...

ni la facultad atribuida al objeto de un eventual cambio de destino respecto del que se viene dedicando la cosa facultará a disponer en favor de tercero de la propiedad de la cosa, ni la atribución en caso de necesidad de legitimación para enajenar el bien se ha de entender que incluya la facultad de cambiar el destino material al que se dedica la cosa.

Pues bien, el *usufructo con facultad de disponer o de disposición*, a partir de una cláusula del estilo, debería comprenderse del siguiente modo con Albaladejo:

- Al constituir una excepción, una grave –aunque admitida– excepción al régimen común del usufructo, la cláusula facultativa debe aparecer en el contrato o testamento de forma expresa e indubitada, debiendo, por la misma razón, interpretarse en todo caso restrictivamente: de este modo, la facultad de disponer en «caso de necesidad» sin mayores añadidos no podría entenderse que faculta para disponer del bien usufructuado mortis causa; al igual que, a falta de que conste que se confirió para disponer a título gratuito, solo habilitará para hacerlo a título oneroso, pues solo de esta segunda manera podría solventarse, mediante la enajenación, la pretendida necesidad económica por la que atravesara el usufructuario.
- Mientras el usufructuario no ejerza su facultad de disponer, sus derechos y obligaciones serán los del usufructo sin ninguna otra particularidad, siguiendo los bienes en propiedad del nudo propietario. Por lo que si al tiempo en que se extinga el usufructo no hubiera dispuesto, deberá hacerle devolución de la cosa en el estado en el que se encuentre, sin poder eximirse de responsabilidad por culpables deterioros so pretexto de que, como podría haber dispuesto de ella en favor de un tercero, podría haber estado legitimado implícitamente para hacer con ella lo que quisiera.
- Estando facultado el usufructuario para disponer de los bienes si lo necesitase, cuando no se determina la manera de acreditar la necesidad, conviene en entenderse que su existencia se ha querido dejar a los dictados de su conciencia o criterio (por la confianza que habría inspirado al otorgante) y no podría exigirse prueba al respecto (por ejemplo, para la inscripción del acto dispositivo en el Registro de la Propiedad). El nudo propietario siempre podría impugnar, judicialmente eso sí, el acto de transmisión si

creyera que no habría habido real necesidad en el caso o si creyera que el usufructuario habría excedido con la enajenación el límite causal de la facultad concedida.

Como vemos, el usufructo con facultad de disponer se trataría de una figura compatible con la esencial temporalidad del usufructo; no siendo la disposición más que una facultad o un evento, por más que facultativo, contingente; mientras no se disponga por el usufructuario, el derecho de este se encontrará igualmente sometido de manera temporal, sin que la concesión de la facultad implique la derogación del régimen ordinario del usufructo ni, en consecuencia, haya de entenderse que por conferir la facultad se haya transmitido el dominio del bien entregado en usufructo.

Frente al usufructo con facultad de disponer, donde la facultad se incluye expresamente por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, y volviendo al artículo 467 del CC, *por ley* se entiende autorizado el usufructuario para disponer de los bienes que se le han entregado en usufructo cuando su uso y disfrute no pueda realizarse sin la consumición de esos bienes; en el caso específico del que ahora nos ocupamos lo que se entrega al usufructuario no puede ser la mera posesión de los bienes sino su propiedad, obligándose en consecuencia el usufructuario a pagar el precio en que se hubieran estimado al recibirlas o, en defecto de estimación, a hacer restitución de cosas «de igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo», establece el artículo 482 del CC. Como vemos, habla el precepto de usufructo, pero la situación resulta tan difícil de compaginar con el temperamento del usufructo que para ella se ha acuñado el término mucho más apropiado de **cuasiusufructo** o **usufructo imperfecto**.

Precisiones

El respeto a la sustancia económica de la cosa, como medida de referencia genérica y criterio naturalmente delimitador del derecho del usufructuario, carece aquí de sentido, por cuanto no podrá disfrutarse de las cosas que se reciban sin consumirlas. Irremediablemente, por tanto, la entrega de cosas consumibles provocará un régimen de exorbitancia con respecto al que se predica del usufructo, consistente fundamentalmente en:

- La inmediata adquisición de la propiedad de las cosas por parte de la persona del «usufructuario», pudiendo, en consecuencia, proceder a consumirlas, así como también a venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca.

.../...

.../...

- El simultáneo nacimiento a favor del que en otro caso sería «nudo propietario», de un crédito al *tantundem*, a la restitución de igual género y cantidad, llegado el término de la relación, normalmente, por fallecer el «usufructuario».

Si fuera dinero, se cumplirá con la sola entrega del capital, por lo que los intereses comportarían propiamente sus frutos. Obsérvese que, por todo el tiempo que dure la situación, no habría ningún derecho real limitado a favor de cualquiera de las partes, sino que el usufructo se convertiría excepcionalmente y por la simple cualidad consumible de las cosas en título traslativo de la propiedad, habiéndose de regir, por lo demás, la relación que se inicie de esta suerte por el juego ordinario de las obligaciones.

En líneas generales queda expuesto el esquema, más que singular, del cuasiusufructo. Pero ello a todas luces se muestra insuficiente para comprender el fundamento de la figura y de su previsión normativa. Una vez más, la respuesta la ofrece los antecedentes históricos del usufructo.

En efecto. En Roma, cuando el testador dejaba en usufructo la totalidad de su patrimonio o una alícuota del mismo, durante siglos se entendió que esa disposición solo abarcaba los bienes aptos materialmente para ese derecho, esto es, aquellos, que por ofrecer una utilidad reiterada, o por no agotarse con su uso, pudieran reintegrarse más adelante. Con lo que los bienes consumibles, los de utilidad simple, acabarían en manos de los herederos. Sin embargo, con el paso del tiempo, fue ganando importancia la riqueza mobiliaria, al punto de que en ocasiones, por haberse excluido de la cuota usufructuaria una gran masa de bienes, se violentaba la voluntad manifestada por el causante, dado que el legatario quedaba con apenas bienes con los que afrontar su supervivencia. De este modo, hubo de promulgarse un senadoconsulto, probablemente durante los primeros años de nuestra era, que permitía legar en usufructo todas las cosas existentes en el patrimonio, aun las que se consumieran por el uso. El Senado no pretendió avalar un usufructo sobre cosas como el dinero, el vino o el aceite, cuya naturaleza se lo impedía; simplemente intervino por motivo de conveniencia, autorizando que también esas cosas se entregaran al legatario, aunque con advertencia de que para obtenerlas habría de prestar caución frente al heredero.

La digresión histórica revela la razón práctica del cuasiusufructo: su interés de cara a los usufructos universales, básicamente el de herencia, que sin circunscribirse a una cosa concreta y determinada, se proyecta sobre todo o sobre una parte alícuota del patrimonio dejado por el difunto. Tal sería su campo de aplicación básico, de manera que, frente a la alternativa más extendida que supone el mutuo, muy difícilmente podremos observar en la práctica una operación específica o un negocio de cuasiusufructo autónomo, fuera del ámbito sucesorio referido.

Explicada la facultad de disponer de la propiedad del bien por el usufructuario, sea por expresa y excepcional concesión en el título constitutivo (usufructo con facultad de disponer), sea por disposición legal en virtud de la naturaleza consumible del objeto (cuasiusufructo), el artículo 469 del CC tampoco violenta la consustancial temporalidad de la figura cuando permite que el usufructo se constituya en favor de sucesivas personas. Y es que el recurso al llamamiento sucesivo a la titularidad del usufructo en absoluto puede utilizarse de forma indiscriminada, pues por tan indirecta vía se llegaría a suspender *sine die* la consolidación de la propiedad, mientras pasan generaciones y generaciones.

Entonces, podrá, y como admite el artículo 469 del CC, constituirse un usufructo en favor de varias personas sucesivamente, pero tendrán que ser personas que vivan al tiempo de constitución o, en otro caso, no pasar del segundo grado –lo que viene a entenderse como dos llamamientos sucesivos como mucho–, en virtud de la doctrina que emana del artículo 781 del CC (al que remite expresamente el art. 787 del CC tratándose de un usufructo sucesivo constituido por testamento) y que prohíbe, como ya viéramos en la Unidad didáctica 2, que los bienes queden vinculados ilimitada e indefinidamente.

Precisiones

Así, el usufructo sucesivo, aquel en que son varios los usufructuarios llamados sucesivamente al disfrute del bien, podrá presentarse, como convienen Lacruz o Albaladejo entre otros, de dos maneras:

- *Constituyéndose el usufructo a favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución.* En este caso, no habría límite en cuanto al número de usufructuarios, extinguiéndose el derecho a la muerte del último de ellos.
- *Constituyéndose el usufructo a favor de varias personas de las que alguna(s) no viva(n) al tiempo de su constitución.* En este caso, no cabe en favor de un número indefinido de titulares sucesivos de existencia futura, porque va en contra de la temporalidad de la institución y amortiza (prácticamente) el derecho de propiedad resultante. Por eso, de los que no vivan al tiempo de constituirse el usufructo solo podrán serlo dos.

3. CONSTITUCIÓN

Según el artículo 468 del CC, el usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares –manifestada en actos entre vivos o en última voluntad– y por prescripción. Hay, pues, por razón de su constitución, tres clases de usufructo:

- El *usufructo legal*. En nuestro ordenamiento corresponde en concepto de legítima al cónyuge viudo (cfr. art. 807.3.º) y se encuentra regulado en el artículo 834 y siguientes del CC.
- El *usufructo voluntario*. El constituido por negocio jurídico mortis causa o inter vivos, este a título ya gratuito ya oneroso.
- El *usufructo por prescripción o usucapión*.

De los tres, el más raro en la práctica, y con diferencia, es el **usufructo constituido por usucapión**. Y es que resulta muy difícil de concebir que quien sin título haya venido usando de la finca con el amplio alcance material que distingue al usufructo alegue la usucapión del usufructo y no de la propiedad «plena» sobre el bien. La usucapión, entonces, como medio adquisitivo del derecho de usufructo, quedaría marginada a aquellos casos donde habiendo título –de usufructo– este fuera inválido y hubiera de convalidarse, atenta la buena fe del interesado, con la ayuda del paso del tiempo (usucapión ordinaria).

Dicho ello, el **usufructo se atribuye por ley** en favor del cónyuge supérstite sobre la herencia del consorte difunto, en amplitud que varía según las personas que concurran a la sucesión; así, tendrá derecho, si concurre con hijos o descendientes, al usufructo del tercio de mejora; si concurre con ascendientes del causante, al usufructo de la mitad de la herencia; y si no existen ni descendientes ni ascendientes del causante, al usufructo de los dos tercios de la herencia (en el caso, obviamente, de que el causante haya testado en favor de otra persona, pues si no existe testamento, ni descendientes ni ascendientes, el cónyuge es llamado por ley a la plena propiedad de todos los bienes de la herencia).

Siendo en usufructo la cuota legitimaria del viudo, el artículo 839 del CC faculta a los herederos, no obstante, para conmutar el usufructo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Mientras esto no se realice, apostilla el precepto, «estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge». Esta afección significa que el *usufructo viudal* o *legitimario* existirá desde la muerte del causante –recuérdese que la teoría del título y el modo solo opera, como regla, para la transmisión o atribución inter vivos de los derechos reales–, no extinguiéndose hasta que se concreten los bienes en particular en que haya de cifrarse u opere la conmutación. Se trataría, entonces, de un usufructo *general*, *universal*, sobre todos los bienes de la herencia, pero no *total*, pues no daría derecho a la percepción de todos los frutos o rendimientos generados por los bienes hereditarios, sino a un porcentaje en función de la cuota legal de usufructo señalada al cónyuge viudo, recuerda Fernández Campos.

Precisiones

El usufructo es **universal** cuando comprende una universalidad de bienes o una parte alícuota de la universalidad, como es el caso de la legítima del viudo. Es **particular** cuando comprende uno o varios objetos ciertos y determinados. Recuérdese, en este sentido, el concepto de universalidad: el conjunto o pluralidad de bienes tomado en cuenta, por decisión voluntaria o legal, como unidad, como un todo. Existirían dos clases: la universalidad de hecho, *universitas facti* o *rerum*, y la de derecho, *universitas iuris*.

Junto al usufructo legal legitimario, ejemplo de usufructo sobre una universalidad de derecho, sobre una universalidad de hecho lo sería el usufructo de rebaño que se contempla en el artículo 499 del CC. El usufructuario estará aquí obligado a reemplazar los animales que perezcan por causas ordinarias con las crías que nazcan, con derecho a apropiarse, en su calidad de frutos, y sin mayores condicionamientos, de las restantes. Si pudiera disponer de todos los frutos, la cabaña iría pereciendo de forma que al finalizar el usufructo pocas cabezas se podrían devolver. Pero, como vemos, si se entrega un rebaño, este se tendrá que devolver, lo que significa que el objeto del usufructo no serían las piezas de ganado individualizadas sino el conjunto de animales como entidad.

El usufructo también puede ser universal **a título voluntario**, esto ocurre cuando una persona deja en su testamento todo o una parte de su herencia «en usufructo» (arts. 508, 510 y 787 del CC), con el debido respeto, claro está, a los derechos de los legitimarios. Es el llamado *usufructo de herencia*, que no debe confundirse por su distinta fuente y contenido con el usufructo viudal, el usufructo legitimario del cónyuge supérstite. Así, no tienen los herederos el derecho de conmutación que hemos visto para el usufructo legitimario viudal, pero sí, en cambio, de ser legitimarios, la opción que les brinda el artículo 820, inc. 3.º del CC.

Ínter vivos, por su parte, el usufructo puede constituirse:

- Mediante *translatio*. Reteniendo el disponente la (nuda) propiedad al constituir el usufructo;
- Mediante *deductio*. Transmitiendo la (nuda) propiedad pero reservándose el disponente el uso y disfrute;
- O mediante una *doble enajenación*. A cuya virtud el propietario de un bien transmite a una persona la (nuda) propiedad y a otra, el usufructo (cfr. art. 640 del CC).

4. CONTENIDO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 470 del CC:

«Los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de este, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.»

Se trata de una detallada regulación que se extiende a lo largo de los cuarenta y dos artículos que siguen, en un intento por prever una solución para los principales problemas, que pueden suscitarse pensando fundamentalmente en un usufructo mortis causa: como en este caso el gravamen vendría a disponerse por decisión legal o unilateral del causante, sin participación, por tanto, de quienes al tiempo habrían de arribar a la condición de (nudo) propietario y usufructuario, procedería poner en claro el estatuto básico al que hubieran de someterse estas personas, a las que la situación les vendría dada y nada habrían pactado.

Pero precisamente, siendo tal el fundamento que inspira la normativa, es que se permite que buena parte de lo dispuesto por ella pueda modificarse por voluntad de los interesados, se haya constituido o no el usufructo personalmente entre ellos. Por tanto, los derechos y las obligaciones de las partes podrán variar, para el caso en concreto, respecto a como se contienen en el Código, haciendo, por ejemplo que el usufructuario no tenga que formar inventario o prestar fianza (cfr. art. 493 del CC); que los frutos naturales pendientes al extinguirse el usufructo sean para él y no para el propietario (cfr. art. 472 del CC); que el propietario deba reintegrar el valor de las mejoras útiles que llegue a introducir el usufructuario (cfr. art. 487 del CC), etc. En este orden de ideas, el artículo 467 del CC permitiría, incluso, dejar a juicio del usufructuario una posible alteración en el destino económico de la cosa, facultad que, por más que prevista en el título constitutivo, solo podría ejercitarse razonablemente.

Esto último es importante. La consideración *natural* de la obligación de respetar el destino económico para el que se emplee la cosa responde a una visión moderna del instituto (del usufructo), que, como veremos a continuación, puede favorecer el mejor aprovechamiento de los bienes en función de la normal variación de las circunstancias tratándose de relaciones de cierta duración como es, sin duda, la del usufructo. Con todo, es realmente infrecuente encontrar una previsión del estilo, lo que parece conciliarse con los seguros conflictos que ocasionaría en la práctica. Y es que, aunque en un acto entre vivos el propietario le conceda expresamente al usufructuario la facultad de cambiar el destino económico de las cosas, así sin especificar mayores limitaciones (lo cual ya es ciertamente hipotético, dada la gravedad de la facultad concedida), no cabría interpretar la previsión en el sentido

de que el usufructuario pueda hacerlo sin ajustarse a la «prudencia del caso». Entonces, no sería proporcional ni razonable que con el cambio se buscara una obtención de mayores ganancias o, en periodo de crisis, el mantenimiento de las que hasta ese momento se habrían venido obteniendo, a costa de una menor rentabilidad de los bienes para cuando hubieran de restituirse o del estado material en que al tiempo quedasen. El cambio, por tanto, tendría que ser justificado «en función de las circunstancias», a partir de la idea de continuidad que preside el ciclo económico de los bienes y de la que no puede quedar excluido el nudo propietario en su expectativa de consolidación del dominio.

Precisiones

Como arriba ya se ha dicho, una previsión del estilo en modo alguno puede interpretarse como atributiva de la facultad de disponer o de enajenar la propiedad del bien a tercero, ni siquiera «en caso de necesidad». Se haría preciso que ello constara o, se añadiera expresamente.

4.1. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

A reserva pues de las particulares modificaciones que puedan preverse en el título constitutivo, la *facultad de goce general* que se reconoce al usufructuario se concreta en las siguientes facultades más específicas:

- **La de poseer el bien o bienes usufructuados.**
- **La de usar las cosas dadas en usufructo**, aunque por lógica hayan de deteriorarse por su uso. Dice así el artículo 481 del CC:

«Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituir las al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia.»

- **La de disfrutar o hacer producir los bienes.** El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles que hayan de

generar, naturalmente o por su mano y obra, los bienes usufructuados (art. 471 del CC). Por no tener la consideración de fruto, el usufructuario carecerá, en su condición de tal, de derecho sobre el tesoro que pudiera hallarse en la finca usufructuada, lo que no excluye que si fuera él quien lo hubiera descubierto tenga derecho a la mitad de su valor en que llegue a cifrarse el tesoro (*ex* art. 351 del CC).

Los frutos naturales o industriales pendientes al comenzar el usufructo, corresponden al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario (art. 472 del CC). En cuanto a los frutos civiles, estos se entenderán percibidos día a día, de modo que si el usufructo terminare antes del arrendamiento que los generara, quien hubiera sido su titular –o sus herederos– solo habrían de percibir la parte proporcional de la renta sin derecho sobre los días posteriores a la finalización del usufructo (arts. 473 y 474 del CC).

- **La de mejorar los bienes.** El usufructuario puede hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, con tal que no altere su forma o sustancia, pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes (art. 487 del CC).
- **La de aprovechar por otro los bienes,** cediéndole su uso, cesión que concluirá al finalizar el usufructo, «salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola» (art. 480 del CC; véase, asimismo, art. 13.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y art. 10 de la Ley de Arrendamientos Rústicos).

Junto a estas facultades vinculadas con el goce material de la cosa, puede, asimismo, el usufructuario disponer, a título oneroso o gratuito, de su derecho, gravarlo con hipoteca, ejercitar las acciones que correspondan en su defensa –así las posesorias, la confesoria (por la que podrá reclamar el reconocimiento y efectividad del usufructo), la negatoria (frente a quien alegue un derecho limitado sobre la finca en usufructo), la real registral–, etc.

4.2. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

4.2.1. Anteriores a entrar en la posesión de las cosas

La formación de **inventario** y la prestación de **fianza** son los dos requisitos tradicionales que el usufructuario ha de cumplimentar antes de entrar en la posesión de los

bienes (art. 491 del CC). El primero se establece como medio para la constatación de las cosas y del estado en que se hallen a la entrega, facilitando, así, la concreción de lo que luego deba restituirse y la eventual responsabilidad del usufructuario por pérdidas, menoscabos o deterioros. Fácilmente se comprende el interés que el usufructuario a su vez ha de tener en que se formalice, para eludir no tener que responder por daños anteriores a su investidura. En cambio, la fianza se proyecta en beneficio exclusivo del propietario, garantizándole que la cosa será usada adecuadamente y devuelta tan pronto el usufructo se extinga.

Como aspectos comunes de interés en relación con el inventario y la fianza, conviene precisar los tres que se apuntan:

- En primer lugar, que si el usufructuario rehusara cumplir con cualquiera de ambas obligaciones, el propietario podría negarse a la entrega de la posesión de los bienes, pudiendo usar de ellos hasta que se ofreciera el cumplimiento por parte del usufructuario, pero con la obligación de liquidar a favor del usufructuario los rendimientos que produjeran los bienes una vez deducidos los gastos realizados para producirlos (se trataría de un extraño, por más que provisional, derecho a los frutos sin posesión de los bienes, que también podría darse, según el art. 520 del CC, en el supuesto de abuso o de mal uso por parte del usufructuario de las cosas una vez entregadas).

Precisiones

El Código Civil solo se ocupa del incumplimiento en relación con la fianza, en una norma que se entiende análogamente aplicable respecto de la obligación de hacer inventario. En concreto, es el artículo 494, que establece lo siguiente:

«No prestando el usufructuario la fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se conviertan en inscripciones o se depositen en un banco o establecimiento público, y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.

El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores, y los productos de los bienes puestos en administración, pertenecen al usufructuario.

.../...

.../...

También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale.»

Con todo, el artículo siguiente, pensando en un usufructuario sin recursos, al que le fuera difícil conseguir fiador o careciera de bienes que poner en garantía, dispone que podrá el usufructuario obtener, bajo simple caución juratoria —mero compromiso formal de cumplimiento—, la entrega de los bienes muebles imprescindibles para el día a día, y aunque se le asigne habitación para él y su familia si el usufructo tuviera por objeto o comprendiera un bien habitable.

- En segundo lugar, que el constituyente del usufructo puede dispensar o relevar de las obligaciones de fianza e inventario al usufructuario (art. 493 del CC).
- Y en tercer lugar, que, aun sin dispensa, se puede entrar en posesión y disfrute de los bienes sin hacer inventario ni prestar fianza mientras no exista oposición del propietario, quien de no haber renunciado a ello podrá exigirlos más tarde, sin que obste a ello que el usufructuario ya se encuentre instalado.

4.2.1.1. El inventario

Aunque hasta aquí se ha hablado de una obligación de inventario en singular, en rigor deben distinguirse dos conceptos: el de inventario propiamente dicho, a practicar con respecto a los bienes muebles, y el del «estado» —el de la descripción del estado se entiende— en que se encuentren los inmuebles. Sin embargo, estamos ante una sola operación, la cual siempre consistirá, independientemente de la clase que sean, en relacionar y describir los bienes sobre los que vaya a recaer el usufructo. Cuanto más acabadamente se haga, en su calidad de prueba preconstituida de la entidad, estado de conservación y características de los bienes, menos discusiones habrán de originarse luego. Así el inventario incluirá una tasación de los bienes muebles, una estimación de su valor, en virtud de su mayor peligro de desaparición.

En cuanto a su forma, el inventario debe hacerse en la que dispongan, de común acuerdo, usufructuario y propietario; puede instrumentarse, entonces, tanto en documento público como privado. Pero, cualquiera que sea la forma adoptada nunca se procederá unilateralmente. A la formación del inventario debe concurrir el propietario o su representante. Únicamente ante su incomparecencia injustificada, podrá serle opuesto el que haga el usufructuario. Si después el propietario no concordara con su contenido, todavía podría pedir su rectificación o complemento, aunque incumbiéndole probar el mejor estado que alegue sobre todos o alguno de los bienes comprendidos o la existencia de los que indique no incluidos en él.

4.2.1.2. La fianza

El usufructuario ha de prestar garantía suficiente de que cumplirá con las obligaciones que le competen. Se encuentran legalmente eximidos de la obligación el vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos o el cónyuge superviviente respecto de su cuota legal usufructuaria (art. 492 del CC).

El Código habla de fianza seguramente por la ventaja de incorporar a un tercero que, para evitar llegar a ser responsable, vigile el comportamiento del usufructuario, pero no impide que se propongan seguridades de otro tipo: así, la dación en prenda de uno o varios objetos de consideración, la constitución de hipoteca sobre un inmueble propio o ajeno, etc. El propietario decidirá si aceptar la garantía que sea, dirimiéndose el eventual conflicto sobre su suficiencia en sede judicial, y pudiendo negarse a entregar la posesión de los bienes mientras tanto.

4.2.2. Coetáneos al ejercicio del derecho de usufructo: el principio de *salva rerum substantia*

Una vez en posesión de los bienes, el usufructuario no puede alterar *en su forma ni sustancia* la cosa sobre la que ejerce su derecho, prohibición que va más allá de una simple obligación erigiéndose en *límite natural* del usufructo. La prohibición de alterar la forma y sustancia, o dicho de otro modo el permanente respeto al clásico principio de *salva rerum substantia*, trata de salvaguardar –mantiene la doctrina y la jurisprudencia– el interés del propietario a reincorporarse en el pleno dominio de la cosa en el estado que pueda considerarse más semejante al que tenía al tiempo de constituirse el usufructo, obligación que está consagrada en los artículos 467 y 487 del CC y que afecta también al propietario en el ámbito de lo previsto en el artículo 489 del CC.

La **forma** refiere las cualidades físicas elementales de las cosas. En primer término, por tanto, el usufructuario no puede modificar la forma exterior, la forma estructural de las cosas. No podría demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque fuera para sustituirla por otra más espaciosa, cómoda o moderna; si se tratara de una casa, ni siquiera podría distribuir—que no decorar—sus dependencias de un modo distinto a aquel en que las hubiera recibido. Es verdad que se le reconoce la facultad de realizar *obras de mejora*, aunque siempre que mediante su ejecución no trastorne la identidad física sustancial de los bienes; por ejemplo, techando un balcón o una terraza, ensanchando las ventanas, levantando cuerpos arquitectónicos complementarios que no rompan con la armonía del lugar, etc.

Pero el usufructuario tampoco podrá emplear la cosa en un destino distinto al que se fije en el título o, en su defecto, de aquel al que se halle afectada al constituirse. A ello se alude con el concepto eminentemente funcional y económico de **sustancia**. Consecuentemente, el usufructuario no podrá convertir una casa particular en industria o comercio, una viña en campo de pastos, un bosque en tierra de labor, una finca rústica en urbana. Y todavía dentro del destino que sea, tendrá proscrito poner en marcha una economía de disfrute excesivo, que agote la potencialidad de los bienes, absteniéndose de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas.

Precisiones

Con estos presupuestos no es mucho el margen de maniobra del usufructuario. El planteamiento tradicional estaría pensando en un usufructo rural, constituido por testamento, y privilegiando la posición del propietario en evitación de abusos y deterioros. Este habría sido su objetivo. Sin embargo, la compatibilidad del usufructo con la propiedad todavía podría lograrse sin impedir lo que se antoja un principio superior a los intereses de las partes y que es que las cosas se aprovechen eficazmente, en la medida de sus posibilidades, sin caer en el abuso, aunque tampoco en su infrautilización. Si el objeto del usufructo fuera una empresa o industria, resulta exagerado que el usufructuario no pueda tirar una sola pared, que haya de respetar a ultranza la forma que las cosas presentaban a su entrega, por más tiempo que pase. Antes bien, en la práctica, una fábrica debe automatizarse de modo que siga teniendo aptitud productiva relativa, es decir, que siga siendo competitiva ya que, de otra manera, seguramente el mercado habría de relegarla. Ante una controversia sobre este punto, la prudencia del juzgador será determinante.

.../...

.../...

Por categórica, también la inmutabilidad del destino, tal y como se ha contemplado, merece reparos. Preocupa concretamente el supuesto en que por circunstancias ajenas al usufructuario no quepa ninguna utilización razonable sin un cambio. ¿Podrá exigírsele que insista en un determinado destino si este deviene de imposible cumplimiento o si llevarlo a cabo se hace por causas objetivas y permanentes antieconómicas? Véanse algunos supuestos planteados en la realidad, como el del usufructuario de un hotel al que dejan de ir viajeros porque un cambio de carretera ha aislado el establecimiento, o el de una explotación agraria que, como consecuencia de la expansión de la ciudad, pasa a ubicarse en plena zona urbana.

Decir que el usufructuario no ha de modificar ni la forma ni el destino no es suficiente, pues aun sin sobrepasar esos límites todavía podría perjudicar al propietario con respecto a la integridad de las cosas. El usufructuario, antes bien, deberá cuidar de ellas y conservarlas con diligencia, como un buen padre de familia dispone el artículo 497 del CC, lo que va a requerir un comportamiento positivo de su parte: realizando y costeando las reparaciones ordinarias para el mantenimiento en buen estado de las cosas (art. 500 del CC); poniendo en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, del que tenga noticia, capaz de lesionar el dominio (art. 511 del CC); avisándole, asimismo, de la necesidad de acometer reparaciones extraordinarias cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas (art. 501 del CC), etc.

De entre todas estas obligaciones, la relativa a las reparaciones es, sin duda, la más significativa. La obligación se justifica desde una perspectiva económica ya que si el usufructuario es quien reeditúa la cosa, el único que constante usufructo ha de obtener sus provechos, es de justicia que sea él el que haya de pechar con las reparaciones tendientes a su conservación y mantenimiento, y que se derivan del normal uso. Exactamente, se consideran reparaciones ordinarias «las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación», establece el artículo 500 del CC, el cual añade que si el usufructuario «no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá este hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario».

Correlativamente, las reparaciones extraordinarias son de cuenta del propietario, ya que en cierta manera representan inversiones de capital. Pero en los hechos, el propietario puede acometerlas o no. Si las ejecuta tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Si no, podrá hacerlas el usufructuario, quien tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo,

el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras, siendo que si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, el usufructuario se encontraría legitimado para retener la cosa hasta su reintegro (art. 502 del CC).

Finalmente, con respecto al apartado de gastos, deudas e impuestos, el usufructuario debe sufragar los gastos vinculados con el uso cotidiano de las cosas (consumo de gas, electricidad, agua, etc.). De las deudas que anteriormente haya podido contraer el constituyente en relación con el bien entregado en usufructo, el usufructuario, por principio, no responde. Así, si el usufructo se ha conferido sobre una finca hipotecada, ni el acreedor ni el nudo propietario podrán exigir al usufructuario que asuma personalmente el pago, aunque se le reconozca facultado para ello, para evitar perder el usufructo ante la ejecución de la garantía. En tal supuesto, sí que podría repetir contra el propietario por lo que pagare.

En cuanto a las deudas o cargas devengadas con posterioridad, pesan sobre el usufructuario los impuestos públicos cuyo hecho imponible se vincule con la posesión o goce de los bienes y sean de carácter periódico u ordinario; así, por ejemplo, el IBI. Por su parte, los impuestos y las contribuciones extraordinarias, por ejemplo, por ejecución de infraestructuras públicas de las que la propiedad haya de aprovecharse de ahí para el futuro, incumben al nudo propietario, aunque se establece que el usufructuario deberá abonarle los intereses que corresponda por las cantidades que haya tenido que pagar.

4.2.3. Posteriores

Con la extinción del usufructo se consuma la obligación de restitución en torno a la que gira su régimen, a salvo del derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca, añade el artículo 522 del CC.

Entiéndase que la devolución de la cosa es causa de la extinción y no esta de ella, por cuanto la consolidación de la propiedad operará inmediatamente, sin requerir ni esperar a que el usufructuario restituya. Simplemente, producida la respectiva causal, el usufructuario –o sus herederos, habida cuenta de que el fallecimiento del titular vendría a actuar como la más común entre todas–, durante ese tiempo que transcurra hasta la restitución, pasará a encontrarse en una situación transitoria en la que ya no tendrá derecho al disfrute de los bienes.

En concreto, sobre el contenido de la obligación de restitución, el usufructuario ha de reintegrar no solo aquellos objetos que inicialmente se le hubieran transmitido, sino también los accesorios que hubieran recibido y las mejoras que no pudiera o quisiera retirar. En cambio, y por lógica, se halla exento de devolver las cosas que hayan perecido por deterioro natural o caso fortuito.

4.3. ESTATUTO DEL NUDO PROPIETARIO

Según el artículo 489 del CC, el nudo propietario puede, en general, hacer todo lo que no perjudique al usufructuario. Puede transmitir libremente su propiedad, que se transmitirá, obviamente, con la carga del usufructo, y, por tanto, sin conferir al adquirente la facultad de usar y gozar el bien hasta que no se extinga o se consolide el dominio.

Precisiones

El nudo propietario no dejará de ser poseedor de la cosa; si no lo fuera, no podría transmitir válidamente la propiedad del bien a tercero, como se dice. Se trata de un poseedor mediato, algo que nos devuelve a la Unidad 4 y aquella necesidad que veíamos a su comienzo de distinguir entre el uso de las cosas –al que no tiene por principio derecho pues corresponde al usufructuario– y la posesión como institución jurídica elaborada.

Con los mismos límites, el nudo propietario podrá hipotecar su derecho, en cuyo caso si se extinguiera el usufructo vigente la hipoteca, no solo subsistirá esta, sino que se extenderá a la entera propiedad, establece el artículo 107.2.^a de la LH.

Asimismo, el nudo propietario podrá establecer servidumbres sobre la finca dada en usufructo sin contar con el consentimiento del usufructuario, prevé el artículo 595 del CC, pero ello debe entenderse en el sentido de que, no contar con el consentimiento del usufructuario, la servidumbre solo será operativa y eficaz a la extinción del usufructo.

De la misma manera que el usufructuario puede hacer mejoras sobre el bien, el Código permite que las acometa el propietario (cfr. art. 503). La incomodidad que supondría su realización al usufructuario se compensaría con el beneficio que le reportarían al usufructuario una vez realizadas. Por supuesto se entiende que las mejoras deberían ser tales, es decir, unas obras de ejecución prudencial pensadas para un mejor aprovechamiento del bien y no un pretexto para dificultar o entorpecer en su normal ejercicio el derecho de usufructo. Y en este punto debe advertirse sobre una obviedad: durante la vigencia del usufructo el principio de *salva rerum substantia* supone también un límite para el propietario, que no puede acometer ninguna reforma estructural sobre el bien ni cambiar el destino económico a que propenda su aprovechamiento si no es con el consentimiento del usufructuario.

En cuanto a sus deberes u obligaciones, solo está sometido al deber genérico de no hacer acto alguno que pueda perjudicar el disfrute pacífico de la cosa por parte del usufructuario, corriendo por su cuenta, como hemos visto, las reparaciones extraordinarias que requiera la cosa (cfr. arts. 501 y 502 del CC), así como el pago de los impuestos que graven el derecho de propiedad (cfr. art. 505 del CC).

5. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

A inmediata continuación del usufructo, el Código se ocupa de los derechos de uso y habitación, dos figuras de escasísima proyección práctica, y que se presentan como un apéndice de aquel, según acredita el artículo 528 del CC al afirmar que las disposiciones establecidas para el usufructo serán aplicables a uno u otro derecho en tanto no se opongan a la brevísima regulación que se contiene para ellos.

Puntualmente, el artículo 524 del CC ofrece el concepto legal de cada tipo: el uso da derecho, así, además de a utilizarla personalmente, algo que está implícito en el propio término, «a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las *necesidades* del usuario y su familia, aunque esta aumente»; en tanto que la habitación confiere a quien tenga tal derecho «la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas *necesarias* para sí y para las personas de su familia». De esta manera, puede decirse que mientras que el derecho de uso se trataría de un usufructo de alcance restringido, el de habitación conferiría el *nudo uso* de un bien inmueble a los fines de vivienda o alojamiento.

Precisiones

Siendo así, y pese a su nombre, el uso de la vivienda familiar del que se ocupa, en defecto de convenio, el artículo 96 del CC en caso de crisis matrimonial, de ser alguno de estos derechos de los que hablamos, sería el de habitación. Se trataría, así, de un derecho de habitación de fuente legal y constitución judicial, tal y como sucede con el reconocido en favor del discapacitado conviviente por el artículo 822 del CC, del que nos ocuparemos al final de este epígrafe. En todo caso, no se puede desconocer la existencia de importantes matices en el régimen del uso de la vivienda familiar, consecuencia de los especialísimos intereses que son propios de su entorno, que obligaría a remitir su tratamiento y calificación más exacta al Derecho de familia.

Como el usufructo, los derechos de uso y habitación son temporales, más correctamente, vitalicios, obligándose igualmente su titular a no alterar ni la forma ni el destino económico de la cosa, y estando asimismo a los recaudos del inventario y la fianza. Pero frente a él, se trata de derechos absolutamente intransmisibles (art. 525 del CC), que se condicionan en su estatuto en torno a las necesidades de su titular y familia. El goce de las cosas tiene que ser, por parte del titular o titulares, directo.

En efecto, los derechos de uso y habitación aparecen funcionalmente circunscritos a las necesidades personales del titular, siendo precisamente este el matiz que legalmente se propone para justificar su tratamiento específico. Como se sabe, también el usufructo puede constituirse con miras a proveer a la subsistencia de alguna persona, normalmente un familiar. Esta finalidad, que late en los antecedentes de la figura y se refleja en el conjunto de su regulación, puede no estar presente después de todo; sin ir más lejos, cuando se establece a favor de una persona jurídica. Pero, aun cuando se convenga en beneficio de un individuo y en aras de aquel fin, sus necesidades no han de operar, una vez constituido el derecho, como factor delimitante, sino que el titular podrá desplegar un aprovechamiento del bien tendiente, incluso, a la obtención de ganancias, para incrementar su patrimonio. Y es que el usufructuario tiene derecho a percibir, como dice el artículo 471 del CC, «todos los frutos naturales, industriales y civiles» que den los bienes usufructuados, como consecuencia, puede hacerlos producir con tal de que se respete la máxima de la *salva rerum substantia*.

Por el contrario, los derechos de uso y habitación, en cuanto a la utilización y disfrute —esto solo para el primero— de los bienes que resulten su objeto, se limitan a las necesidades actuales del titular y su familia, por más que estas necesidades, por su propia condición, puedan variar durante el tiempo; pueden aumentar o disminuir en virtud de circunstancias tales como la natural llegada de nuevos miembros, la salud, edad, costumbres del titular y convivientes, etc. Los bienes han de usarse personal y directamente, sin poder ser cedidos a terceros, ni hacerse producir para obtener con el excedente otros bienes mediante intercambio.

EJEMPLO 1

Fíjese en las diferencias que existen entre el usufructuario de un rebaño de ganado, que podrá disponer con libertad de todas las crías que vayan dando los animales, con la sola obligación de reemplazar las cabezas que mueran anual y ordinariamente, o falten por la rapacidad de animales dañinos (art. 499 del CC) y aquel otro que tuviere el rebaño «en uso», quien también podría aprovecharse de las crías, leche y lana aunque solo *en cuanto baste para su consumo y el de su familia*, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive (art. 526 del CC), pero nada más.

Introducido así el que el parece ser el fundamento para la tipicidad de estos derechos, surgen importantes dudas sobre la conveniencia de mantener el derecho de uso como instituto diferenciado respecto del usufructo.

En efecto, frente al derecho de habitación, que solo posibilita el uso de un inmueble o parte de él, el de uso se extiende a los frutos que pueda dar la cosa, mueble o inmueble. Por supuesto que ese disfrute se restringe formalmente en torno a las necesidades del titular (y su familia). Sin embargo, visto así, resulta que su contenido sería justamente el que caracteriza al usufructo, a saber, los *iura utendi et fruendi* sobre la cosa de otro. Además, la limitación del disfrute de la cosa gravada en torno a las condiciones personales del titular se trataría de algo que ya se podría obtener perfectamente incorporando tal limitación en el título constitutivo del usufructo, en función del artículo 470 del CC donde se establece, recuérdese, que los derechos y obligaciones del usufructuario serán, en primer lugar, «los que determine el título constitutivo del usufructo».

En lo que respecta al derecho de habitación –por su configuración, el único y verdadero derecho de uso–, al no extenderse en modo alguno a los frutos de la cosa, no existen objeciones desde un punto de vista técnico. Antes bien, se concibe como un medio adecuado para garantizar el alojamiento a determinadas personas por razón de necesidad.

Precisamente, ello es lo que ha hecho la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que, mediante la modificación del artículo 822 del CC, ha creado un derecho legal de habitación en favor del discapacitado que viviera –en el caso por antonomasia– con sus padres en la casa de estos, ante el fallecimiento de cualquiera de sus progenitores. Pues bien, cumpliéndose con los requisitos específicos previstos en el precepto, el objetivo del legislador habría consistido en evitar que por atender las concurrentes y legítimas pretensiones del resto de los llamados a la herencia se prive al discapacitado del uso del inmueble donde ha venido residiendo y necesita seguir. Es así que se le confiere un derecho real –y legal– de habitación que, sin embargo, no habrá de impedir que la herencia se divida y el bien se adjudique a quien o quienes corresponda. Bastará con que esas operaciones no interfieran en su disfrute, soportándose por el adjudicatario como cualquier otro gravamen y hasta su extinción.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- En su recepción normativa, el **usufructo** es el derecho real de «disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa».
- En cuanto a su naturaleza jurídica, frente al dominio, el usufructo se trata de un gravamen de considerable alcance, sin llegar a perder, no obstante, su índole de derecho limitado. Este carácter limitado se manifiesta en los siguientes factores que hacen al tipo:
 - Su esencial temporalidad.
 - El respeto a la integridad sustancial de la cosa –en cuanto a sus cualidades naturales y a la finalidad productiva o de servicio que la caracterice–, al que debe ajustarse en sus actos la persona de su titular (**usufructuario**).
 - La obligación de restitución que hace a su régimen, por la cual la cosa debe ser devuelta al término de la relación al propietario.
- Los caracteres del usufructo, como tipo diferenciado entre los derechos reales, son los siguientes:
 - Es un **derecho limitado**, a diferencia del dominio que comprende todas las utilidades posibles sobre una cosa.
 - Sin embargo, en cuanto derecho real limitado, se caracteriza por la **amplitud de la facultad de goce** (a diferencia de los derechos de uso y habitación y de las servidumbres), pero con las restricciones que implican su carácter temporal y la natural obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes a cargo del usufructuario, para cumplir con la correspondiente restitución a la extinción del derecho.
 - Es un **derecho real esencialmente temporal**. Siendo temporal, de constituirse el derecho en favor de una persona física, se entiende *naturalmente* vitalicio, en la medida de que no se extinguirá hasta el fallecimiento de su titular, a no ser que en el título constitutivo se haya introducido plazo, condición o circunstancia por la que hubiera de extinguirse antes.

- Es un **derecho** mediatamente **transmisible**, ya que si bien se admite su enajenación por cualquier clase de título, oneroso o gratuito, la transmisión quedaría condicionada en sus efectos por la referida temporalidad del usufructo, lo que significa que el derecho, aun en cabeza de un tercero adquirente, habría de extinguirse igualmente en el tiempo que le correspondería de no haber habido transmisión.
- Es un **derecho** naturalmente **gratuito**, no porque los interesados no puedan constituir esta clase de gravamen a título oneroso, algo que en la práctica se torna verdaderamente excepcional, sino porque, conforme a los antecedentes clásicos de la figura, toda la regulación del Código parte de la consideración gratuita del usufructo, de que no se pague renta o merced como contraprestación.
- Si la temporalidad se trata de una nota esencial del usufructo, y el usufructuario debe restituir la cosa entregada sin haber podido cambiarla en su forma o sustancia, corresponde fijarse en varias figuras que parecen rebatir tales aspectos: son el usufructo con facultad de disponer, el cuasiusufructo y el usufructo sucesivo, esto es, el constituido en favor de varias personas para el disfrute de la cosa unos después de otros.
 - En primer lugar, el **usufructo con facultad de disponer** se trata de una figura no regulada en el Código Civil aunque arraigada en nuestra práctica, por la que se concede expresamente en el *título constitutivo* del usufructo la posibilidad *de enajenar* el bien ante determinadas circunstancias, que puede quedar incluso a la libre determinación del usufructuario, como cuando simplemente se prevé que pueda vender el bien «en caso de necesidad».

El *usufructo con facultad de disponer o de disposición*, a partir de una cláusula del estilo, debería comprenderse del siguiente modo con Albaladejo:

- Al constituir una excepción, una grave –aunque admitida– excepción al régimen común del usufructo, la cláusula facultativa debe aparecer en el contrato o testamento de forma expresa e indubitada, debiendo, por la misma razón, interpretarse en todo caso restrictivamente: de este modo, la facultad de disponer en –caso de necesidad– sin mayores añadidos no podría entenderse que faculta para disponer del bien usufructuado mortis

causa; al igual que, a falta de que conste que se confirió para disponer a título gratuito, solo habilitará para hacerlo a título oneroso, pues solo de esta segunda manera podría solventarse, mediante la enajenación, la pretendida necesidad económica por la que atravesara el usufructuario.

- Mientras el usufructuario no ejerza su facultad de disponer, sus derechos y obligaciones serán los del usufructo sin ninguna otra particularidad, siguiendo los bienes en propiedad del nudo propietario. Por lo que si al tiempo en que se extinga el usufructo no hubiera dispuesto, deberá hacerle devolución de la cosa en el estado en el que se encuentre, sin poder eximirse de responsabilidad por culpables deterioros so pretexto de que, como podría haber dispuesto de ella en favor de un tercero, podría haber estado legitimado implícitamente para hacer con ella lo que quisiera.
 - Estando facultado el usufructuario para disponer de los bienes si lo necesitase, cuando no se determina la manera de acreditar la necesidad, conviene en entenderse que su existencia se ha querido dejar a los dictados de su conciencia o criterio (por la confianza que habría inspirado al otorgante), y no podría exigirse prueba al respecto (por ejemplo, para la inscripción del acto dispositivo en el Registro de la Propiedad). El nudo propietario siempre podría impugnar, judicialmente eso sí, el acto de transmisión si creyera que no habría habido real necesidad en el caso o si creyera que el usufructuario habría excedido con la enajenación el límite causal de la facultad concedida.
- Frente al usufructo con facultad de disponer, donde la facultad se incluye expresamente por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en el llamado **cuasiusufructo** o **usufructo imperfecto**, es la propia naturaleza de las cosas, tal y como sanciona la ley, la que autoriza al usufructuario para disponer de los bienes que se le han entregado cuando su uso y disfrute no pueda realizarse sin la consumición de tales bienes; en el caso específico del que ahora nos ocupamos lo que se entrega al usufructo no puede ser la mera posesión de los bienes sino su propiedad, obligándose en consecuencia el usufructuario a pagar el precio en que se hubieran estimado al recibirlas

o, en defecto de estimación, a hacer restitución de cosas «de igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo», establece el artículo 482 del CC.

- Explicada la facultad de disponer de la propiedad del bien por el usufructuario, sea por expresa y excepcional concesión en el título constitutivo (usufructo con facultad de disponer), sea por disposición legal en virtud de la naturaleza consumible del objeto (cuasiusufructo), el Código Civil tampoco violenta la consustancial temporalidad de la figura, cuando permite que el usufructo se constituya en favor de sucesivas personas. Entonces, podrá constituirse un usufructo en favor de varias personas sucesivamente, pero tendrán que ser personas que vivan al tiempo de constitución o, en otro caso, no pasar del segundo grado –lo que viene a entenderse como dos llamamientos sucesivos como mucho–, en virtud de la doctrina que emana del artículo 781 del CC (al que remite expresamente el art. 787 del CC tratándose de un usufructo sucesivo constituido por testamento) y que prohíbe que los bienes queden vinculados ilimitada e indefinidamente.
- Por sus medios de constitución, existen tres clases de usufructo:
 - El *usufructo legal*. En nuestro ordenamiento es el que corresponde en concepto de legítima al cónyuge viudo y se encuentra regulado en el artículo 834 y siguientes del CC.
 - El *usufructo voluntario*. Es el constituido por negocio jurídico mortis causa o ínter vivos, este a título ya gratuito ya oneroso.
 - El *usufructo por prescripción o usucapión*.
- De acuerdo con lo previsto en el artículo 470 del CC:

«Los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de este, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.»

Por tanto, los derechos y obligaciones de las partes podrán variar, para el caso en concreto, respecto a como se contienen en el Código. Se permitiría,

incluso, dejar a juicio del usufructuario una posible alteración en el destino económico de la cosa, facultad que, por más que prevista en el título constitutivo, solo podría ejercitarse razonablemente.

En efecto, la consideración *natural* de la obligación de respetar el destino económico para el que se emplee la cosa responde a una visión moderna del instituto (del usufructo), que puede favorecer el mejor aprovechamiento de los bienes en función de la normal variación de las circunstancias tratándose de relaciones de cierta duración como es, sin duda, la del usufructo. Con todo, es realmente infrecuente encontrar una previsión del estilo, lo que parece conciliarse con los seguros conflictos que ocasionaría en la práctica. Y es que, aunque en un acto entre vivos el propietario le conceda expresamente al usufructuario la facultad de cambiar el destino económico de las cosas, así sin más, sin especificar mayores limitaciones (lo cual ya es ciertamente hipotético, dada la gravedad de la facultad concedida), no cabría interpretar la previsión en el sentido de que el usufructuario pueda hacerlo sin ajustarse a la «prudencia del caso». Entonces, no sería proporcional ni razonable que con el cambio se buscara una obtención de mayores ganancias o, en periodo de crisis, el mantenimiento de las que hasta ese momento se habrían venido obteniendo, a costa de una considerable menor rentabilidad de los bienes para cuando hubieran de restituirse o del estado material en que al tiempo quedasen. El cambio, por tanto, tendría que ser justificado «en función de las circunstancias», a partir de la idea de continuidad que preside el ciclo económico de los bienes y de la que no puede quedar excluido el nudo propietario en su expectativa de consolidación del dominio.

- A reserva pues de las particulares modificaciones que puedan preverse en el título constitutivo, la *facultad de goce general* que se reconoce al usufructuario se concreta en las siguientes facultades más específicas:
 - La *de poseer* el bien o bienes usufructuados.
 - La *de usar* las cosas dadas en usufructo, aunque por lógica hayan de deteriorarse por su uso.
 - La *de disfrutar* o hacer producir los bienes. El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles que hayan de generar, naturalmente o por su mano y obra, los bienes usufructuados. Por no tener la consideración de fruto, el usufructuario carecerá, en su condición de tal, de derecho sobre el tesoro que

podría hallarse en la finca usufructuada, lo que no excluye que si fuera él quien lo hubiera descubierto tenga derecho a la mitad de su valor en que llegue a cifrarse el tesoro (*ex art. 351 del CC*).

- La *de mejorar los bienes*. El usufructuario puede hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, con tal que no altere su forma o sustancia, pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes.
- La *de aprovechar por otro los bienes*, cediéndole su uso, cesión que concluirá al finalizar el usufructo, «salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

Junto a estas facultades vinculadas con el goce material de la cosa, puede, asimismo, el usufructuario disponer, a título oneroso o gratuito, de su derecho, gravarlo con hipoteca, ejercitar las acciones que correspondan en su defensa –así las posesorias, la confesoria (por la que podrá reclamar el reconocimiento y efectividad del usufructo), la negatoria (frente a quien alegue un derecho limitado sobre la finca en usufructo), la real registral–, etc.

- La formación de **inventario** y la prestación de **fianza** son los dos requisitos tradicionales que el usufructuario ha de cumplimentar antes de entrar en la posesión de los bienes. El primero se establece como medio para la constatación de las cosas y del estado en que se hallen a la entrega, facilitando, así, la concreción de lo que luego deba restituirse y la eventual responsabilidad del usufructuario por pérdidas, menoscabos o deterioros. Fácilmente se comprende el interés que el usufructuario a su vez ha de tener en que se formalice, para eludir no tener que responder por daños anteriores a su investidura. En cambio, la fianza se proyecta en beneficio exclusivo del propietario, garantizándole que la cosa será usada adecuadamente y devuelta tan pronto el usufructo se extinga.
- Como aspectos comunes de interés en relación con el inventario y la fianza, conviene precisar los tres siguientes:
 - En primer lugar, que si el usufructuario rehusara cumplir con cualquiera de ambas obligaciones, el propietario podría negarse a la entrega de la posesión de los bienes, pudiendo usar de ellos hasta que se ofreciera el cumplimiento por parte del usufructuario, pero con la

obligación de liquidar a favor del usufructuario los rendimientos que produjeran los bienes una vez deducidos los gastos realizados para producirlos.

- En segundo lugar, que el constituyente del usufructo puede dispensar o relevar de las obligaciones de fianza e inventario al usufructuario.
 - Y en tercer lugar, que, aun sin dispensa, se puede entrar en posesión y disfrute de los bienes sin hacer inventario ni prestar fianza mientras no exista oposición del propietario, quien de no haber renunciado a ello podrá exigirlos más tarde, sin que obste a ello que el usufructuario ya se encuentre instalado.
- Una vez en posesión de los bienes, el usufructuario no puede alterar *en su forma ni sustancia* la cosa sobre la que ejerce su derecho, prohibición que va más allá de una simple obligación erigiéndose en *límite natural* del usufructo. La prohibición de alterar la forma y sustancia, o dicho de otro modo el permanente respeto al clásico principio de *salva rerum substantia*, trata de salvaguardar –mantiene la doctrina y la jurisprudencia– el interés del propietario a reincorporarse en el pleno dominio de la cosa en el estado que pueda considerarse más semejante al que tenía al tiempo de constituirse el usufructo, obligación que está consagrada en los artículos 467 y 487 del CC y que afecta también al propietario en el ámbito de lo previsto en el artículo 489 del CC.
 - La **forma** refiere las cualidades físicas elementales de las cosas. En primer término, por tanto, el usufructuario no puede modificar la forma exterior, la forma estructural de las cosas. No podría demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque fuera para sustituirla por otra más espaciosa, cómoda o moderna; si se tratara de una casa, ni siquiera podría distribuir –que no decorar– sus dependencias de un modo distinto a aquel en que las hubiera recibido. Es verdad que se le reconoce la facultad de realizar *obras de mejora*, aunque siempre que mediante su ejecución no trastorne la identidad física sustancial de los bienes; por ejemplo, techando un balcón o una terraza, ensanchando las ventanas, levantando cuerpos arquitectónicos complementarios que no rompan con la armonía del lugar, etc.
 - Pero el usufructuario tampoco podrá emplear la cosa en un destino distinto al que se fije en el título o, en su defecto, de aquel al que se halle afectada al constituirse. A ello se alude con el concepto emi-

nentamente funcional y económico de **sustancia**. El usufructuario no podrá, consecuentemente, convertir una casa particular en industria o comercio, una viña en campo de pastos, un bosque en tierra de labor, una finca rústica en urbana. Y todavía dentro del destino que sea, tendrá proscrito poner en marcha una economía de disfrute excesivo, que agote la potencialidad de los bienes, absteniéndose de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas.

- Con la extinción del usufructo se consuma la obligación de restitución en torno a la que gira su régimen, a salvo del derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca. En concreto, sobre el contenido de la obligación de restitución, el usufructuario ha de reintegrar no solo aquellos objetos que inicialmente se le hubieran transmitido, sino también los accesorios que hubieran recibido y las mejoras que no pudiera o quisiera retirar. En cambio, y por lógica, se halla exento de devolver las cosas que hayan perecido por deterioro natural o caso fortuito.
- En cuanto al estatuto del nudo propietario, puede, en general, hacer todo lo que no perjudique al usufructuario. Puede transmitir libremente su propiedad, que se transmitirá, obviamente, con la carga del usufructo, y, por tanto, sin conferir al adquirente la facultad de usar y gozar el bien hasta que no se extinga o se consolide el dominio.

Con los mismos límites, el nudo propietario podrá hipotecar su derecho, en cuyo caso si se extinguiera el usufructo vigente la hipoteca, no solo subsistiría esta, sino que se extenderá a la entera propiedad, establece el ordinal segundo del artículo 107 de la LH.

Asimismo, el nudo propietario podrá establecer servidumbres sobre la finca dada en usufructo sin contar con el consentimiento del usufructuario, prevé el artículo 595 del CC, pero ello debe entenderse en el sentido de que, no contar con el consentimiento del usufructuario, la servidumbre solo será operativa y eficaz a la extinción del usufructo.

De la misma manera que el usufructuario puede hacer mejoras sobre el bien, el Código permite que las acometa el propietario. La incomodidad que supondría su realización al usufructuario se compensaría con el beneficio que le reportarían al usufructuario una vez realizadas. Por supuesto se

entiende que las mejoras deberían ser tales, es decir, unas obras de ejecución prudencial pensadas para un mejor aprovechamiento del bien y no un pretexto para dificultar o entorpecer en su normal ejercicio el derecho de usufructo. Y en este punto debe advertirse sobre una obviedad: durante la vigencia del usufructo el principio de *salva rerum substantia* supone también un límite para el propietario, que no puede acometer ninguna reforma estructural sobre el bien ni cambiar el destino económico a que propenda su aprovechamiento si no es con el consentimiento del usufructuario.

En cuanto a sus deberes u obligaciones, el nudo propietario solo está sometido al deber genérico de no hacer acto alguno que pueda perjudicar el disfrute pacífico de la cosa por parte del usufructuario, corriendo por su cuenta las reparaciones extraordinarias que requiera la cosa, así como el pago de los impuestos que graven el derecho de propiedad.

- A inmediata continuación del usufructo, el Código se ocupa de los **derechos de uso y habitación**, dos figuras de escasísima proyección práctica, y que se presentan como un apéndice de aquel, según acredita el artículo 528 del CC al afirmar que las disposiciones establecidas para el usufructo serán aplicables a uno u otro derecho en tanto no se opongan a la brevísima regulación que se contiene para ellos.

Puntualmente, el artículo 524 del CC ofrece el concepto legal de cada tipo: el uso da derecho, así, además de a utilizarla personalmente, algo que está implícito en el propio término, «a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las *necesidades* del usuario y su familia, aunque esta aumente»; en tanto que la habitación confiere a quien tenga tal derecho «la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas *necesarias* para sí y para las personas de su familia». De esta manera, puede decirse que mientras que el derecho de uso se trataría de un usufructo de alcance restringido, el de habitación conferiría el *nudo uso* de un bien inmueble a los fines de vivienda o alojamiento.

- Como el usufructo, los derechos de uso y habitación son temporales, más correctamente, vitalicios, obligándose igualmente su titular a no alterar ni la forma ni el destino económico de la cosa, y estando asimismo a los recaudos del inventario y la fianza. Pero frente a él, se trata de derechos absolutamente intransmisibles, que se condicionan en su estatuto en torno a las necesidades de su titular y familia. El goce de las cosas tiene que ser, por parte del titular o titulares, directo. Los bienes han de usarse personal y directamente, sin poder ser cedidos a terceros, ni hacerse producir para obtener con el excedente otros bienes mediante intercambio.

- Como ejemplo moderno del derecho de habitación, la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, ha impuesto la figura en favor –en el caso por antonomasia– del discapacitado que viviera con sus padres en la casa de estos, ante el fallecimiento de cualquiera de sus progenitores.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Qué tipo de «usufructo» incorpora *per se* la transmisión de la propiedad de los bienes que se entregan al «usufructuario»?

- a) El usufructo de bienes consumibles.
- b) El usufructo de bienes deteriorables.
- c) El usufructo con facultad de disposición.
- d) El usufructo sucesivo, esto es, aquel en que varias personas se encuentran llamadas a disfrutar de los bienes unas después de otras.

Enunciado 2

El usufructuario:

- a) Tiene derecho al interés legal del capital en que se valore el tesoro encontrado en la finca que ocupe.

- b) Hace suyos los frutos pendientes de recoger al momento de entrar en la finca.
- c) Debe corresponder, a medias con el nudo propietario, al sufragio de las reparaciones extraordinarias.
- d) Está obligado al pago de los impuestos periódicos que graven el bien usufructuado, pudiendo repetir contra el nudo propietario por la mitad de las cantidades abonadas.

Enunciado 3

Roberto es propietario de una finca. Otorgó derecho de usufructo sobre la misma a favor de Teresa. Poco después, Teresa firma un contrato a través del cual hace partícipe en el usufructo a su sobrina María. Teresa contrae una penosa enfermedad, siendo por ello que María pasa a ser la única persona que ocupa físicamente la finca. Llega el invierno y las lluvias torrenciales provocan numerosas goteras en la casa principal situada en la finca, así como desprendimientos considerables de tierra que quiebran parte de las cañerías y otros conductos, produciendo en su conjunto serias humedades y cuantiosos desperfectos. Al poco tiempo fallece Teresa. Estando así las cosas:

- Roberto reclama el importe a que alcanzan los desperfectos a Joaquín, en su condición de heredero de Teresa.
- Joaquín alega que la responsable fue María, por ser quien entonces ocupaba la finca.
- María sostiene que es la actual y única usufructuaria de la finca, pero que ni Teresa ni ella son responsables, pues los desperfectos se debieron a la ausencia puntual de reparaciones que debió haber realizado el nudo propietario.

Se pregunta lo siguiente:

- a) ¿Podía Teresa, como dice el supuesto, transmitir a favor de María su derecho de usufructo, aun por la mitad?
- b) ¿Quién resultaba ser usufructuario/a al tiempo en que fallece Teresa?
- c) ¿Quién estaba realmente obligado a cumplir con las reparaciones en el caso?
- d) Imaginemos que los desperfectos en la casa hubieran sido provocados no por las lluvias torrenciales sino por la falta de diligencia de los ocupantes, ¿podría el nudo propietario instar la resolución del derecho de usufructo ante ello?

Enunciado 4

En el régimen normativo del Código Civil, una de las diferencias que existen entre el derecho de usufructo y los de uso y habitación radica:

- a) En la transmisibilidad del primero.
- b) En su duración cuando no se pacta otra cosa y el titular es una persona física.
- c) En las obligaciones previas a cargo de quien haya de ser titular antes de entrar en el goce de la cosa.
- d) En que la posesión del bien solo ha de entregarse en el usufructo.

Enunciado 5

María, viuda de Ramiro, está muy ilusionada con la boda de su sobrina Rocío, tanto que, además de otros regalos que hace a la pareja, les deja la casa que tiene en Madrid para que vivan tras su enlace mientras lo necesiten. Sucede que María fallece sin testamento y Carmen, su única hija, reclama a los esposos que abandonen el inmueble.

¿Prosperaría la pretensión de Carmen?

Solución 1

- a) El usufructo de bienes consumibles.

Solución 2

- b) Hace suyos los frutos pendientes de recoger al momento de entrar en la finca.

Solución 3

- a) ¿Podía Teresa, como dice el supuesto, transmitir a favor de María su derecho de usufructo, aun por la mitad?

Perfectamente. El de usufructo, a diferencia de los derechos de uso y habitación, se trata de un derecho transmisible. No ha de plantearnos ningún problema conceptual el que se haga «por la mitad»; quien puede lo más puede lo menos, como sabemos; de la misma manera que el propietario puede transmitir, dando lugar entonces al condominio, el «50 por 100» de su dominio.

- b) ¿Quién resultaba ser usufructuario/a al tiempo en que fallece Teresa?

Por más que se admita la transmisión del usufructo, este acto no puede perjudicar al nudo propietario, cuya expectativa de consolidación no puede someterse a la incertidumbre de sucesivos actos de transmisión. De otro modo: el usufructo es esencialmente temporal, pues si no lo fuera, sería económicamente incompatible con la propiedad y esa nota, la de su temporalidad, no puede quedar burlada porque el usufructuario de ochenta años ceda o transmita su derecho a un joven de treinta, por ejemplo. Podrá el de ochenta transmitir, y ese acto producirá todos sus efectos, teniendo el usufructo un nuevo titular, pero el usufructo se extinguirá igualmente con la muerte del primero.

- c) ¿Quién estaba realmente obligado a cumplir con las reparaciones en el caso?

Esta es la pregunta menos perfilada en el supuesto de hecho. Aun así, da la impresión, por el motivo de los desperfectos, en relación con razones cli-

matológicas difícilmente calificables de ordinarias, que los gastos de reparación deberían correr a cargo del nudo propietario, con la lógica imputación al usufructuario de lo desembolsado en los términos del artículo 502 del CC. A este precepto tendríamos que acudir igualmente si, ante la urgencia o necesidad de acometer las reparaciones para seguir en el normal disfrute del bien, como será más común, el usufructuario anticipa el dinero correspondiente para sufragarlas.

- d) Imaginemos que los desperfectos en la casa hubieran sido provocados no por las lluvias torrenciales sino por la falta de diligencia de los ocupantes, ¿podría el nudo propietario instar la resolución del derecho de usufructo ante ello?

No, no es causa legal para la extinción del usufructo. A lo más, en defecto de pacto, el nudo propietario podrá pedir (judicialmente) que se le haga entrega de la cosa para evitar nuevos perjuicios, aunque el «derecho a los frutos» seguirá estando en cabeza del usufructuario.

Tal sería, con el Código en la mano, la respuesta a la cuestión planteada. Pero la situación obliga a hacer ciertas consideraciones críticas.

En este sentido, el artículo 618 del Código de Napoleón establece que el usufructo puede extinguirse por el abuso del usufructuario en el disfrute, ya sea deteriorando las cosas, ya dejándolas perecer por falta de mantenimiento; según la gravedad de las circunstancias, los jueces podrán declarar la extinción absoluta del usufructo o bien decretar que se entregue la cosa al propietario, con la obligación de pagar al usufructuario una cantidad determinada hasta el momento en que hubiera debido extinguirse el usufructo.

Por su parte, nuestro Código Civil habría rehusado introducir una norma semejante, siguiendo la doctrina romanista más pura. Se habría entendido que ante el abuso del usufructuario bastaría con obligarlo a resarcir y prever para que no incurriera en lo sucesivo en tales prácticas, el «secuestro» de los bienes, la privación en su material disfrute. ¿Por qué, aun siendo grave su comportamiento, habría de lucrarse el propietario consolidándose anticipadamente el dominio? Tal sería el criterio del artículo 520 del CC.

Pero la previsión no convence: en primer lugar, porque no es lógico que no se extinga el usufructo pero sí, por abuso, los derechos de uso y habitación, con el que comparten, grosso modo, régimen; segundo, porque no es justo (ni se corresponde con la inmediación exigida por los derechos reales) que

sea el nudo propietario quien tenga que trabajar la finca para darle los frutos al usufructuario, y ello, *para más inri*, como consecuencia directa de la falta de cumplimiento de las obligaciones esenciales a su cargo.

Finalmente, no se ha de pasar por alto que la norma legal se aplicará si el título de usufructo no se despacha al respecto, básicamente si no se incluye una condición resolutoria que vincule la extinción del usufructo con la infracción de tales o cuales obligaciones a cargo del usufructuario; ante las dificultades prácticas y probatorias del caso, y la «engorrosa» situación que supondrá para el propietario, se muestra muy conveniente una previsión por el estilo.

Solución 4

- a) En la transmisibilidad del primero.

Solución 5

Del relato muy breve de hechos surge que, de haber un derecho real de los hasta aquí estudiados, este debería de ser el de habitación. Y es que la intención de la propietaria habría sido dejar la casa para que los esposos vivan en ella mientras lo necesiten. Pero como se trata de un bien inmueble, para que tal derecho real quedara constituido se habría requerido la expresión de esa voluntad en escritura pública, circunstancia que de no existir haría inoponible a la heredera ese pretense derecho del matrimonio a seguir ocupando la casa una vez fallecida la concedente. Visto de otra manera: la propietaria, de haber querido gravar su propiedad concediendo un derecho real vitalicio, siempre habría podido concurrir ante un notario para que no hubiera dudas al respecto. Al no hacerlo, con mayor o menor consciencia de cuáles habrían de ser las consecuencias, estaríamos ante una mera *cesión en precario* del inmueble, siendo que la heredera podría lograr que el matrimonio fuera desahuciado.

Es así que, sobre un caso análogo al propuesto, el Tribunal Supremo habría establecido la siguiente doctrina:

«Que aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no

conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho romano lo configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos, una vivienda ocupada por otro, y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente; y lo mismo ocurre con la tolerancia que tenga el heredero adjudicatario con referencia al familiar que venía ocupando graciosamente tal vivienda, pues nunca se puede interpretar como acto constitutivo de un derecho de habitación» (S. de 30 de noviembre de 1964, RJ 1964/5552).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2004.

BELUCHE RINCÓN, I.: *La relación obligatoria de usufructo*, Madrid: Civitas, 1996.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, I, III-1.º y 2.º, Madrid: Dykinson, 2000, 2003 y 2004, respectivamente.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, Madrid: Civitas, 2010.

VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación*, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

Avanzada

BORREL MACÍA, A.: «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pág. 1.061 y ss.

COSSÍO y CORRAL, A.: «La nuda propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pág. 739 y ss.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: «*Salva rerum substantia* en el usufructo propio», *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 189 y ss.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I.: *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid: Dykinson, 2004.

LAMBER, R.A. (dir.): *Usufructo: aplicaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires: Heliasta, 2011.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pág. 813 y ss.

RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 1987.

UNIDAD
DIDÁCTICA

9

LAS SERVIDUMBRES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. La especialidad de las servidumbres en el sistema de los derechos reales
2. Las servidumbres civiles frente a las restricciones legales y las servidumbres del Derecho público
3. Clases de servidumbres
 - 3.1. Reales (prediales) y personales
 - 3.2. Positivas y negativas
 - 3.3. Continuas y discontinuas
 - 3.4. Aparentes o no
 - 3.5. Legales (forzosas) y voluntarias
4. Medios constitutivos
 - 4.1. Por título voluntario
 - 4.2. Por usucapión
 - 4.3. Por «destino del padre de familia»
 - 4.4. Por sentencia judicial (o resolución administrativa)
5. Contenido
6. Protección

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

Frente a la mayor amplitud con que se manifiesta el derecho de usufructo, y aun los de uso y habitación, esta penúltima Unidad se ocupa de la servidumbre, derecho real de gran utilidad tanto en el ámbito rural como urbano, basado en la menor incidencia material que supone como gravamen respecto exclusivamente de inmuebles.

De esa utilidad es expresión la variedad tipológica que se reconoce desde ya el Código Civil y a la que se atiende en esta Unidad muy especialmente. Asimismo se detallan las diferencias existentes entre las servidumbres (civiles) y otras figuras con las que guardan especial similitud, como son las restricciones legales al dominio y las servidumbres administrativas.

La Unidad termina haciendo adecuada apreciación de los principios que rigen el ejercicio de las servidumbres, a partir de la máxima del menor perjuicio, o del uso más ajustado, proporcionado o estricto (*uso civiliter*) respecto del fundo gravado, y los medios a disposición del interesado para la protección y la defensa de su derecho de servidumbre.

1. LA ESPECIALIDAD DE LAS SERVIDUMBRES EN EL SISTEMA DE LOS DERECHOS REALES

El **derecho de servidumbre** puede definirse, según Albaladejo, como «el poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno *para servirse de él parcialmente* en algún aspecto».

EJEMPLO 1

Sirvan los supuestos que pone Westermann en relación con la utilidad del derecho:

- En una fábrica de ladrillos se prevé que pronto se agotarán las provisiones de arcilla existentes en la finca. Por ello al propietario de la fábrica le gustaría obtener de una finca vecina un derecho, absolutamente protegido, a extraer arcilla.
- A favor de una finca enclavada en zona montañosa existe el derecho de talar leña en un bosque vecino y utilizarla para construir y utilizarla como combustible en invierno. En caso de nevada, puede también el beneficiario conducir su ganado al bosque.
- Una persona tiene un hotel en un balneario: a favor de ese hotel existe el derecho a que los inmuebles vecinos no lleven a cabo construcciones que perjudiquen las vistas que tiene el hotel.
- Una refinería necesita construir un oleoducto hasta un puerto; la refinería se plantea construir el oleoducto por debajo de unas fincas que no son de su propiedad.

De la definición que nos ofrece el maestro murciano surgen los **dos caracteres distintivos** que hacen a la servidumbre en cuanto tipo: el objeto exclusivamente inmobiliario del derecho y esa «parcialidad de goce» en que —conviene llamarse por Lacruz— se traduce su contenido; caracteres interrelacionados en cuanto ese «goce parcial», esa incidencia menor del gravamen sobre la cosa que sigue en propiedad y posesión de otro, no puede darse tratándose de bienes muebles, bienes a cuyo respecto no es posible la concurrencia en el *factum possessionis*; esto es, que dos personas ejerzan material y simultáneamente actos posesorios sobre ellos.

Efectivamente, por lo que atañe a su contenido, ante todo, conviene precisar que el de servidumbre es un derecho de amplias posibilidades prácticas pero de alcance restringido. En este sentido, en primer lugar, su titular podrá resultar favorecido por ventajas de la más variada índole: transitar por la finca gravada, sacar o derivar agua de ella, cazar o pescar dentro, utilizar alguna de sus instalaciones de recreo, etc. El aprovechamiento podrá ser positivo o negativo. Si el aprovechamiento es positivo, el propietario o poseedor del inmueble gravado deberá respetar la injerencia que corresponda; si es negativo, el propietario o poseedor deberá abstenerse de ciertos actos que, de no mediar la servidumbre, habría de poder acometer con libertad (elevar edificaciones o plantaciones a más altura que la señalada, poner en marcha una determinada empresa, desarrollar ciertos emprendimientos, etc.).

Sin embargo, la ventaja en la que consista la servidumbre se presentaría acotada en relación con el conjunto de las que el bien pudiera reportar. Y es que el derecho de servidumbre no tendría aptitud como para intervenir la mayor parte de utilidades del dominio; en absoluto podría implicar el vaciamiento material del estatuto del propietario. El Código no lo dice abiertamente, pero se colige de toda su regulación en materia de servidumbres, y por su confrontación con la relativa al usufructo básicamente. De modo tal que si se pacta que el dueño de una finca quede excluido de los mayores rendimientos que proporcione el inmueble, se trataría, en realidad, de un derecho de usufructo, el cual, tras la falsa calificación de servidumbre (real), encubriría seguramente la intención de su titular de eludir el límite temporal que es propio del usufructo.

Precisiones

En este sentido, que las servidumbres no se encuentren por principio sometidas a un plazo de duración (véanse la distintas causas de extinción de las servidumbres previstas en el art. 545 del CC en su confrontación, sin ir más lejos, con las del usufructo recogidas en el art. 513 del CC) sería uno de los argumentos de mayor peso para sostener la parcialidad de goce; en un sistema donde la libertad del dominio se protege como axioma imprescindible, la perpetuidad de algunos gravámenes solo podría admitirse cuando fuera conveniente desde un punto de vista social y económico, y no pervirtiera por mermarlo en demasía el contenido esencialmente típico de la propiedad.

Por consiguiente, la servidumbre funcionaría como un derecho real *especial y doblemente limitado*: primero, frente al dominio, pero luego, también con respecto a los otros derechos reales de goce que, pese a concebirse igualmente limitados, si se los

contempla en comparación con el dominio, afectarían a este con apreciable intensidad. En este punto, fijémonos en que, al contrario de lo que ocurre con los derechos de usufructo, uso, habitación o también superficie, las servidumbres nunca llegarían a sustraer al propietario, o a quien haga sus veces (al usufructuario, por ejemplo), de la posesión efectiva sobre el inmueble. A lo sumo, su titular podrá ejercer actos posesorios sobre el mismo, sin que ello provoque más que una restricción, una limitación incidental en el normal uso del bien afectado.

Precisiones

En su contenido, por tanto, entre las servidumbres y el derecho de usufructo, siquiera en esa variedad restringida que de este implica el derecho de uso, habría una importante diferencia: y es que mientras las servidumbres conferirían al titular una facultad específica y determinada de goce, de aprovechamiento o limitación del bien gravado en beneficio de quien sea el titular del derecho, el contenido de los derechos de usufructo y uso se determinaría *de un modo genérico*; específicamente tratándose del uso, este no atribuiría utilidades singularmente determinadas, sino un complejo de ellas, condicionando su extensión y ejercicio, a diferencia del usufructo, a las necesidades del usuario y su familia.

La «parcialidad de goce», o como, con términos menos enfáticos, se había dicho antiguamente, la «especialidad» de las servidumbres, se trataría, en suma, de la noción básica para la comprensión de su lugar y función en el sistema de derechos reales. En este sentido, corroborando todo lo mantenido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1999, al afirmar que si la relación de servicio establecida entre los predios no consistiera en un uso parcial, sino en una utilización plena e integral de la finca, la figura convenida podría ser, teóricamente, otro derecho real (nunca perpetuo), pero no una servidumbre.

Precisiones

Finalmente, las servidumbres, como cualquier otro derecho real, no podrían consistir en un hacer a cargo del propietario o poseedor del fundo gravado. Sobre ello, más en profundidad, véase el epígrafe 3.2 de esta misma Unidad.

2. LAS SERVIDUMBRES CIVILES FRENTE A LAS RESTRICCIONES LEGALES Y LAS SERVIDUMBRES DEL DERECHO PÚBLICO

Pero para la comprensión introductoria de las servidumbres como gravamen, en cuanto limitación de la propiedad, es necesario hablar también de los dos institutos con los que más funcionalmente se encuentra emparentada: los límites o restricciones legales y las servidumbres públicas o administrativas. Como ella, ambas figuras se caracterizan por delimitar el derecho, fundamentalmente de dominio, que se tenga sobre una cosa (inmueble). Sin embargo, operan de distinta forma.

Los **límites** o las **restricciones legales** (típicamente, las relaciones de vecindad), en primer lugar, no constituyen ni dan lugar a gravamen alguno con respecto al derecho afectado, y ello exactamente porque *desde su legal establecimiento*, son tan contenido como el haz de facultades que de ese derecho se predica, estando llamadas, como están, a fijar las condiciones normales en que corresponde su ejercicio. Así se explica que funcionen automáticamente y por simple imposición normativa, sin requerir de un acto expreso y particular de concreción, o que tampoco generen derecho de indemnización a cargo del Estado o del que, a través de él, más directamente se beneficie (por ejemplo; un vecino). Se trataría de dos presupuestos que sí se mostrarían necesarios, en cambio, en relación con las **servidumbres administrativas**.

Por administrativa se entiende la servidumbre, el gravamen, por tanto, que se autoriza *por una entidad pública* sobre un inmueble de dominio privado *por una razón de interés general*; se trata de «aquellos gravámenes reales tendencialmente perpetuos que recaen sobre un fundo privado por una causa de utilidad pública o interés social legalmente tipificada, *ya sea en beneficio y protección de un bien de dominio público o ya para la satisfacción de una necesidad colectiva*, y que se caracterizan porque el régimen de protección de la concreta y limitada utilidad en que consiste el gravamen se rige por principios y procedimientos del Derecho administrativo» (Carrillo Donaire). El Código Civil a ellas se refiere cuando, después de advertir que «las servidumbres legales tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares» (art. 549), agrega que «todo lo concerniente a las servidumbres establecidas *para utilidad pública o comunal* se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título», es decir, el relativo a las servidumbres del Derecho común (art. 550).

EJEMPLO 2

Un ejemplo sería la servidumbre de paso de energía eléctrica que se regula en el artículo 52 y siguientes de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y se constituye conforme a las pau-

.../...

.../...

tas propias de la expropiación forzosa. Puntualmente, si la servidumbre es de paso aéreo comprenderá «además del vuelo sobre el predio sirviente, el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la sustentación de cables conductores de energía»; en tanto que si es de paso subterráneo comprenderá «la ocupación del subsuelo por los cables conductores, a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable».

Por tanto, el rasgo sustancial de las servidumbres administrativas reside en el interés colectivo, utilidad social que subyace en su constitución, matiz que de por sí se mostraría suficiente como para impugnar la unidad de género, obviando la lisa y llana aplicación de la normativa civil en la materia, que si permite la exigencia judicial de ciertas servidumbres (llamadas por ello **legales**, aunque mejor **coactivas** o **forzosas**), lo hace en «interés de los particulares», por «causa de utilidad privada» dice el artículo 551 del CC.

Precisiones

En detalle, sobre las servidumbres coactivas o forzosas, véase el epígrafe 3.5 de esta Unidad.

Efectivamente, aunque las servidumbres administrativas compartan con las del Código Civil –y dentro de ellas especialmente, las coactivas, dado su igual carácter obligatorio– la naturaleza de gravamen, la necesidad de que se constituyan expresamente en cada caso y el derecho a una indemnización por parte del propietario o particular perjudicado, la servidumbre administrativa se impone por causa de utilidad general y con intervención o autorización de una persona del Derecho público actuando, precisamente, en cuanto tal. La conveniencia social del evento, que remite al fenómeno de la expropiación, justifica la exorbitancia de la servidumbre, nota que no solo se destaca por el modo en que ve la luz, sino también por otros aspectos vinculados con su ejercicio, como el atinente a la potestad de autotutela, que puede ejercer la Administración directamente, sin tener que poner la cuestión en manos de los tribunales ante cualquier perturbación en el normal ejercicio de la servidumbre.

3. CLASES DE SERVIDUMBRES

En el Código Civil, el de servidumbre es el único derecho real que se enuncia en plural. Sin duda, ello responde a la versatilidad de la que se ha hablado en relación con el contenido posible del derecho, aunque también a las distintas clases que se discriminan en su seno. El asunto no es menor, dado que según ante la que nos hallemos, en la mayoría de las ocasiones habrá de aplicarse relevantes especialidades normativas. A continuación se exponen los criterios clasificatorios que comúnmente se proponen al objeto de comprobar sus posibles consecuencias.

3.1. REALES (PREDIALES) Y PERSONALES

En primer lugar, y como criterio fundamental de clasificación, las servidumbres pueden ser reales o personales. Se estima **real**, **predial**, la servidumbre que se constituye en favor de un fundo, que se llama *dominante*, sobre otro contiguo, próximo o vecino, que se denomina *sirviente* (cfr. art. 530 del CC). En cambio, es personal la que se establece en pro de alguna persona determinada, prescindiendo de la propiedad que esta persona pueda tener sobre otro inmueble (cfr. art. 531 del CC), sin considerar ni resultar preciso que sea propietario de inmueble alguno.

EJEMPLO 3

Ejemplo, así, de servidumbre real sería el derecho de acequia, de acueducto, por el cual el agua pueda derivarse de un fundo a otro.

De servidumbre personal, sería, en cambio, aquel por el cual Pedro constituya a favor de Juan el derecho de poder entrar en su finca para cazar (claro está, en temporada).

Pese a la denominación que se acoge para el segundo tipo no debemos tener dudas: se califique la servidumbre ya real, ya personal, la servidumbre, en cuanto tal, será gravamen, en definitiva derecho real –sobre cosa ajena–, por lo que por principio habrá de oponerse, tendrá que ser respetada por quien adquiera el bien gravado después. Cuestión distinta es que la servidumbre haya de extinguirse con el fallecimiento de su titular, es decir, del sujeto a cuyo favor se haya constituido, algo que se discute especialmente en relación con las servidumbres personales, precisamente por su carácter.

En efecto, dentro de las servidumbres personales cabría distinguir, a su vez, dos especies: **las simplemente personales**, que son transmisibles, ínter vivos y mortis causa, que, entonces, no se extinguen con el fallecimiento de su titular; y frente a ellas, las **personalísimas**, que se extinguirían con la persona de su titular y que no podrían transmitirse a terceros. Habrá de estarse a la voluntad manifestada en el título constitutivo para determinar sobre el particular, entendiéndose, en caso de duda, que la servidumbre es del segundo tipo, esto es, personalísima y por tanto intransmisible, en cuanto pauta de interpretación más favorable a la libertad de los fundos.

Como servidumbres personales la jurisprudencia ha destacado los derechos de ventana y balcón para presenciar las fiestas (Sentencia de 30 de noviembre de 1908), de butaca o palco en los teatros, de caza o pesca, etc. Como vemos, habría más una razón de mera comodidad o de recreo, que de utilidad rural, agrícola o edilicia en tales ejemplos, algo que puede servirnos para una mejor calificación del supuesto. En todo caso, serían servidumbres personales en tanto en cuanto se hayan previsto o se hayan constituido en provecho de una persona en concreto, pues si en el título se despachan en favor de quien sea propietario de un bien vecino por el hecho de serlo, serían servidumbres reales sin que esa utilidad de mayor comodidad o recreo impida que así se califiquen y puedan tenerse a la postre como perpetuas.

Precisiones

Para una mayor claridad, conviene apuntar las siguientes notas en relación con las servidumbres personales:

- Ante todo, las servidumbres personales, no nos confundamos, son, derechos reales, que acompañan al dominio sobre el fundo sirviente en su calidad de gravámenes.
- Las servidumbres personales no necesitan, debe reiterarse, de un segundo fundo, de un fundo dominante: su exigencia carece de sentido.
- El carácter personal –y, con más razón, el personalísimo o no, transmisible o no– de las servidumbres vendría dado por la voluntad expresa de los interesados o, en su defecto, por el hecho de haberse constituido con miras al placer o comodidad de un individuo en concreto.
- En cuanto servidumbres, las personales responden a los parámetros básicos de la figura, por lo que no pueden recaer sobre una cosa propia, plasmarse en un hacer, ni incidir sobre el conjunto o la mayor parte de las posibles utilidades del fundo que graven. En este sentido, aun cuando se llegue a considerar transmisible, la «parcialidad de goce» seguiría siendo el matiz que diferenciaría la servidumbre, en el caso del que nos ocupamos, del derecho de usufructo.

.../...

.../...

- Además, no parece que las servidumbres personales puedan tener un contenido negativo, dado que las servidumbres *in non faciendo* se legitimarían justamente, según se explicará a continuación, por la favorable repercusión que su establecimiento ha de producir en el aprovechamiento de un fundo próximo al gravado, inmueble sin cuya existencia la limitación que se pretendiera imponer se reconduciría al ámbito más apropiado de los derechos de crédito.

Frente a las servidumbres personales, las servidumbres reales, por su parte, no plantean mayores problemas en cuanto a su transmisibilidad, pues no pueden enajenarse de manera independiente, siendo que acceden, a modo de cualidad inseparable, al dominio del inmueble. El artículo 534 del CC establece así que «las servidumbres son inseparables de la finca a que *activa o pasivamente* pertenecen»; que la servidumbre no pueda separarse de la finca a la que *activamente* pertenezca, vendría a referirse a la nota de intransmisibilidad de las servidumbres reales a la que aludimos, siendo que el precepto no prohibiría que pudiera transmitirse la servidumbre si fuera personal, en tanto la servidumbre como tal no «pertenece» a fundo dominante alguno. Mientras tanto, advertir que las servidumbres son inseparables *pasivamente* de la finca no ya a la que «pertenezcan», sino de la que se prediquen en cuanto gravamen, sería una distinta manera de afirmar la consustancial nota de oponibilidad de todo tipo de servidumbre, real o personal, en cuanto derecho real sobre cosa ajena.

3.2. POSITIVAS Y NEGATIVAS

Según obliguen al propietario a dejar hacer algo al titular del gravamen o, en cambio, a abstenerse de hacer algo, las servidumbres se clasifican en **positivas** (servidumbres *in patiendo*) o **negativas** (servidumbre *in non faciendo*).

EJEMPLO 4

Es servidumbre positiva aquella por la que su titular puede pasar por la finca de su vecino o tomar agua de ella. Es negativa aquella en que el dueño del predio sirviente no puede ejercer la misma profesión o comercio que se ejerce en el lugar vecino del titular.

De la distinción se ocupa el artículo 533 del CC, según el cual:

«Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa *o de hacerla por sí mismo*.»

Como vemos, alude el precepto –y por ello se ha puesto la cursiva– a la eventualidad de que la servidumbre consista en una prestación que efectúe el dueño del predio sirviente en favor del que lo sea del dominante. Ya no se trataría de tolerar o sufrir, sino de la realización de una prestación positiva para que el titular de la servidumbre obtenga la utilidad de turno. Sin embargo, con la generalidad de la doctrina, y en plena coherencia con todo lo que llevamos viendo en la asignatura, debemos negar que el contenido principal de una servidumbre pueda ser una prestación positiva y, en consecuencia, limitar la referencia del legislador a prestaciones de hacer que sean meramente accesorias de la servidumbre, como cuando el dueño del predio sirviente se obliga a costear los gastos de conservación relativos a la servidumbre.

Dicho ello, el precepto continúa refiriendo que la servidumbre es negativa cuando por ella se le vendría a prohibir «al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre», es decir, de no existir la servidumbre. Por tanto, en las servidumbres negativas, la utilidad se produce por una abstención concreta del propietario, que sufre el poder del titular de la servidumbre, pero ahora centrado exclusivamente en impedir la realización de lo que sería lícito sin ella.

Bien miradas, las servidumbres negativas presentan un gran interés, en cuanto únicos derechos reales que para su completa realización no requieren ni de la posesión ni tampoco, siquiera, de un desapoderamiento del bien de carácter eventual o futuro, como sí se anuncia para la hipoteca. Tan original emergería su contenido que podría discutirse, incluso, el dato que de él se ha venido afirmando: su condición de derecho de goce. ¿Qué goce o qué disfrute habría respecto de aquel fundo sobre el que se tuviera, por ejemplo, una servidumbre de no construir por encima de determinada altura (*servitus altius non tollendi*)?

Evidentemente, si se parte de una acepción técnica y exclusivamente material del goce, es obvio que las servidumbres negativas se situarían por fuera de la categoría. Pero, jurídicamente el concepto se brinda mucho más amplio: será goce todo aprovechamiento que haga una persona de una cosa, ya directamente a través de los rendimientos que su utilización inmediata le proporcione, ya indirectamente al imponer el sacrificio de alguna de sus potencialidades en beneficio de un fundo próximo, el cual como consecuencia habría de aumentar de valor o, cuando menos, preservarlo.

Precisiones

Según se indica, todas las servidumbres incorporarían con respecto al fundo de otra persona un aprovechamiento, un disfrute, un goce en el amplio sentido de la palabra, pero no todas su uso. Así, las negativas se distinguirían de las positivas en que no autorizarían la invasión física de la heredad sirviente; tampoco en que su titular pudiera emprender actividad alguna en ella. Y aunque el propietario hubiera hecho ejecutar trabajos contrarios a la servidumbre, supuesto en que el titular lo que debería instar es el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado, a costa del propietario lógicamente.

Así, se presenta el que quizás sea el límite principal para las servidumbres negativas: la *imposibilidad de que se constituyan sin un fundo dominante*. Es decir, estos derechos para tener eficacia jurídico-real o para poder oponerse a aquellos a quienes luego se transmita el dominio o posesión de la heredad sirviente, han de ser servidumbres, en todo caso, reales. Así, por ejemplo, entre las servidumbres modernamente llamadas industriales o también comerciales, destaca la de no concurrencia en el tipo de negocio que se detalle, esta prohibición solo alcanzará a terceros si se halla relacionada con el objeto mercantil que se persiga mediante la explotación del fundo dominante; en modo alguno podría emplearse esta vía para proscribir el establecimiento de cualquier negocio en general, fuera del tipo que fuera, convenios estos, por demás, que, de suscribirse, atentarían las más de las veces contra la libertad de empresa.

EJEMPLO 5

En las fuentes se encuentra un precedente señero, por cuanto el vendedor de un fundo había impuesto a favor del predio vecino, con el que se quedaba en propiedad, la condición de que frente a él no se ejerciera la pesca del atún (*Digesto* 8, 4, 13, pr.).

Entonces, para que la pretensión de no concurrencia pueda validarse como servidumbre se habrá de cumplir siempre con el siguiente presupuesto: «La necesidad de que el fundo dominante esté dedicado a la explotación de una industria o comercio de natu-

raleza análoga a aquella que es objeto de la abstención del obligado por la servidumbre. Es decir, que el fundo dominante se beneficie de la servidumbre, no de un modo genérico, sino concreto» (Puente Muñoz).

Relacionado con lo que se acaba de apuntar, las servidumbres negativas tampoco pueden amparar prohibiciones a la disposición jurídica del fundo sirviente. Si aquellas podrían condicionar la prerrogativa del propietario en cuanto a la determinación del destino económico, comercial que hubiera de darse a la cosa, estas lo harían con respecto al poder de transmitir o gravar reconocido sobre su derecho; las prohibiciones, que acerca de esta segunda vertiente se pretendieran, habrían de encauzarse por otros medios, con observancia de la doctrina común que hemos visto en la Unidad 2. Entonces, la prohibición de disponer no podría ser contenido principal de la servidumbre.

3.3. CONTINUAS Y DISCONTINUAS

En función del artículo 532 del CC, son **continuas** aquellas servidumbres «cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre», mientras que **discontinuas** «son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre».

El matiz diferencial entre ambas clases de servidumbre radica no ya en que la utilidad que se derive de cada una se obtenga ininterrumpidamente sino, de un modo más correcto, en que su efectividad no dependa de una actividad del hombre, especialmente tendiente a su disfrute. A este objeto, no importa que la particular servidumbre no pueda funcionar sin instalar el entramado que corresponda, o que después se requiera acometer algunos actos para conservarla, o que su ejercicio se interrumpa por intervalos más o menos largos a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre; de lo que se trata es de que la utilidad de la servidumbre le venga dada a su titular desde el momento en que se constituya o accione y sin que de su parte se precise de un actuar constante.

EJEMPLO 6

Así, se deben considerar continuas las servidumbres de acueducto, vista y cualquier otra que consista en una abstención a cargo del propietario o poseedor del fundo sirviente.

A su vez, serían discontinuas servidumbres como las de paso o sacar agua del fundo vecino.

Advertido el motivo para la distinción, el carácter continuo o discontinuo de una servidumbre se muestra relevante de cara a los medios para su adquisición o los requisitos para extinguirse. De un lado, porque solo las servidumbres que, además de aparentes, sean continuas podrán adquirirse por usucapión (cfr. art. 537 del CC). De otro, porque, aunque todas las servidumbres se han de perder si transcurren veinte años sin usarse, varía el modo en que ese término ha de computarse: para las servidumbres discontinuas, desde el día en que se haya hecho su último uso; para las continuas, desde aquel en que se haya hecho un acto obstativo a su ejercicio (cfr. art. 546.2.º del CC).

3.4. APARENTES O NO

También según el artículo 532 del CC, son servidumbres **aparentes** «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», en tanto **no aparentes** son «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

El signo ha de tener una relación objetiva con el uso o aprovechamiento. Ha de revelar la existencia de la servidumbre; por ejemplo, un camino, en el caso de una servidumbre de paso; el propio canal, en el caso de una servidumbre de acueducto. Ejemplo de servidumbre no aparente, «no visible» sería la de no elevar construcciones a más de una determinada altura, cuya incidencia, su existencia y normal disfrute no se revelaría por medio físico alguno.

La calificación de una servidumbre como aparente parte, pues, de una situación de hecho de la que inequívocamente cabe deducir que el gravamen se encuentra vigente. La importancia de ello radica en que únicamente cuando el respectivo aprovechamiento se haga notar sobre la finca de otro, y se obtenga –como hemos visto en el inmediato criterio de clasificación anterior– de una forma continuada, podrá adquirirse la modalidad de servidumbre a la que esté refiriendo por usucapión.

En segundo lugar, solo las servidumbres aparentes, aun discontinuas, podrán tenerse por constituidas por «destino del padre de familia» conforme al artículo 541 del CC, modalidad cuya especialidad entre los distintos medios constitutivos de la servidumbre obliga a su consideración autónoma más adelante.

En tercer y último lugar, y no ya como medio constitutivo, sino como motivo de oponibilidad frente a terceros que adquieran la finca una vez constituida por el medio que fuera, de la apariencia de la servidumbre se derivaría asimismo la posibilidad de que

se conozca de su existencia pese a que no conste inscrita en el Registro de Propiedad, no pudiendo, en consecuencia, el tercer adquirente alegar su buena fe, es decir alegar no haberla podido conocer, para así evitar que le sea oponible el gravamen.

3.5. LEGALES (FORZOSAS) Y VOLUNTARIAS

Por último, pueden clasificarse las servidumbres en legales y voluntarias. Dice, así, el artículo 536 del CC:

«Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquellas se llaman legales y estas voluntarias.»

Las servidumbres **legales**, o mejor, **coactivas** o **forzosas** para evitar confundirlas con los límites legales al dominio, son aquellas (civiles o administrativas) que, *ante un determinado supuesto de hecho*, facultan a que se constituya un derecho del tipo aun en contra de la voluntad del titular del fundo que ha de quedar gravado, a quien en todo caso se le reconoce el derecho a la correspondiente indemnización.

Son **voluntarias** aquellas cuya constitución viene determinada exclusivamente por la voluntad de los particulares, cuya constitución, en suma, no cabe reclamar judicialmente. Es cierto que podrán adquirirse por usucapión, con los requisitos que legalmente se señalan, pero sin su concurrencia no podrán establecerse sino por un título convencional o un negocio jurídico por el que preste su consentimiento el titular del fundo que haya de resultar gravado.

Mientras que las primeras deben estar previstas puntualmente en la legislación, las segundas se someten al principio de libertad de los interesados, y es que «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público» (art. 594 del CC).

Concretamente, en el Código Civil, servidumbres que se pueden constituir coactiva o forzosamente se incluyen las de paso (cfr. art. 564 y ss. del CC), estribo de presa (cfr. art. 554 del CC), saca de agua y abrevadero, aunque esta solo «por causa de utilidad pública» (cfr. art. 555 del CC), acueducto (cfr. art. 557 y ss. del CC), parada o partididor (cfr. art. 562 del CC), o andamiaje y paso de materiales (cfr. art. 569 del CC). Pero entiéndase bien que no se podrá solicitar este tipo de servidumbres si no se da el supuesto de hecho que habilita a hacerlo; en otras palabras, una servidumbre de paso

sobre el fundo vecino solo podrá exigirse u obtenerse «forzosamente» si quien la solicita carece de salida a la vía pública, por ejemplo. Solo en tal caso la servidumbre de paso es forzosa.

Precisiones

En el título de las servidumbres, el capítulo II, dedicado a las legales, es el más extenso, recoge, pese al enunciado con que se presenta, preceptos de índole muy diversa. Siguiendo a Peña, cabría clasificar los distintos artículos del capítulo conforme a su finalidad en tres grupos, a saber:

- En unos artículos, con el nombre impropio de servidumbres legales, se establecen simplemente límites genéricos, restricciones legales al dominio, es decir, delimitaciones con que el Código Civil precisa el contorno ordinario del dominio. Tal ocurre con los artículos que regulan las relaciones de vecindad entre fundos; por ejemplo, los que contienen normas sobre apertura de huecos y ventanas, sin haber en puridad aquí derecho alguno de servidumbre, una carga o gravamen (cfr. arts. 581 a 584).
- En otros artículos las disposiciones se refieren a verdaderas servidumbres específicamente constituibles y cuya característica común es que el beneficiario, pagando la correspondiente indemnización, tiene el derecho a exigirlos. Son estas las únicas servidumbres legales en rigor, los únicos derechos sobre cosa ajena de los que se trata en el capítulo y su lista es la que se ha referido en el párrafo inmediatamente anterior a este cuadro de precisiones.
- Otros artículos tienen como fin determinar los efectos de determinado negocio jurídico (cfr. art. 567), regular determinada comunidad especial (medianería), o señalar el carácter o alcance de determinadas servidumbres típicas, cualquiera que sea el título de su constitución, legal o aun voluntario (arts. 561, 585 y 587).

Al respecto de cada una de las que integran el elenco, nada obsta a que las partes eludan el expediente judicial (o administrativo, si la servidumbre se hace precisa «por causa de utilidad pública»), conviniendo directamente sobre los extremos del gravamen que haya de crearse. Sin embargo, de no darse ese acuerdo, quien precisara que la servidumbre se constituya, habría de instar el oportuno expediente judicial (o gubernativo), donde, tras constatarse esa necesidad –de salida a la vía pública, de agua para el consumo o cultivo, etc.–, se resolvería sobre el establecimiento de la servidumbre y la indemnización que corresponda.

4. MEDIOS CONSTITUTIVOS

Más allá de que el artículo 536 del CC disponga que «se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios», las servidumbres se constituyen por **título voluntario**, **usucapión**, **«destino del padre de familia»** o **sentencia judicial por motivo de necesidad**. A continuación se detalla una breve referencia sobre cada uno de tales medios constitutivos.

4.1. POR TÍTULO VOLUNTARIO

En primer y más obvio lugar, las servidumbres se constituyen por negocio jurídico, cuya causa puede ser onerosa o gratuita, exigiendo de escritura pública para su validez solo en el segundo caso.

En este contexto, la gran especialidad que manifiestan las servidumbres de cara a su constitución por actos *inter vivos* estriba en que la tradición o la entrega del fundo no es requerida. La tradición se rebaja, se sustituye aquí por el primer uso que se haga de la servidumbre, por el primer acto de posesión que se realice sobre el fundo, sin que, por ocioso, el propietario o constituyente deba abandonar la finca o retirarse de ella. Así es como el modo se dilucida en esta esfera, presupuesto que, pese a todo, solo se justifica respecto de las servidumbres positivas, puesto que las negativas ningún uso pueden habilitar sobre el inmueble. Por tanto, en relación con la teoría del título y del modo, el único supuesto excepcional en materia de servidumbre lo constituirían las negativas.

4.2. POR USUCAPIÓN

La posibilidad de que las servidumbres se constituyan por vía de usucapión se encuentra fuertemente limitada. Según el artículo 537 del CC, únicamente las continuas y aparentes pueden adquirirse por este medio. Las que no reúnan ambas condiciones, «solo podrán adquirirse por virtud de título», de negocio jurídico voluntario, continúa señalando el artículo 539 del CC.

Pero eso no es todo: aun cuando la servidumbre que se pretenda se presente como continua y aparente, nunca podrá ganarse por el juego de la usucapión, aunque el interesado cuente con justo título –comprobado luego inválido o ineficiente–, y buena fe, si no transcurren veinte años. En otras palabras: a los efectos de usucapir una servidumbre, existiría un único lapso de tiempo, superior en diez años al común para la usucapión ordinaria, por más que inferior en otros diez al normal de la usucapión extraordinaria.

Entonces, serían dos las especialidades recogidas en la norma: la doble condición de aparente y continua, y el ejercicio, el uso y el aprovechamiento durante veinte años de esa servidumbre. La libertad de los fundos sería el fundamento de ambas, en cuanto frente al propietario solo puedan alegarse las situaciones de hecho que, conociéndolas o habiéndolas podido conocer, se hayan consolidado por su desidia o negligencia: de ahí el requisito de la apariencia. No obstante, en el pensamiento del legislador también habría estado no castigar los llamados actos de familiaridad, tolerancia o buena vecindad, como el acto, muy habitual, de pasar por la finca del vecino, atendiendo a que si el dueño supiera que tras un tiempo se podría reclamar un gravamen contra su inmueble, tales actos dejarían de admitirse: por ello la servidumbre, además de aparente, ha de ser continua, ha de suponer una injerencia no intermitente sobre el fundo.

4.3. POR «DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA»

Siguiendo la tradición, el Código contiene otra institución que abre el elenco de los medios constitutivos de las servidumbres *por razones fácticas*. Al lado de la restricción que hemos visto se contempla para la usucapión, con advertencia de que las servidumbres que no sean aparentes y a la vez continuas solo podrán constituirse por título, esto es, por un negocio expreso de disposición, este otro modo de constitución de singular trascendencia basado en la preexistencia de una situación de servicio material entre fincas, y al que aquí se viene a referir.

Declara, en tal sentido, el artículo 541 del CC:

«La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.»

De ser el caso, al que alude el precepto, tales servidumbres, se dice, quedarán constituidas por «destino del padre de familia». El nombre deriva de la práctica postclásica, más bien, postjustiniana, por la que el *paterfamilias* en su testamento procedía a asignar o dividir los bienes entre sus descendientes, añadiendo una cláusula por la que los fundos que atribuía lo hacía *uti nunc sunt ita sint*, esto es, «en el estado y condiciones en que se encontraban»; la cláusula poco a poco se fue extendiendo, aplicándose fuera del estricto ámbito familiar y sucesorio.

Dicho esto, los requisitos que se precisan para que las servidumbres se constituyan por esta vía son los siguientes:

- Que el propietario de dos fundos, aunque también de un fundo (con tal de que luego se divida), imponga una situación de hecho que conformaría por sí misma una servidumbre si no fuera por la regla de que nadie puede tener un derecho limitado sobre la cosa que ya le pertenece.
- Que esa situación de hecho, *esa relación de servicio* equivalente a una servidumbre, como digo, sea manifiesta y permanente.
- Que con el tiempo, y sin que la situación de hecho se haya revocado, el propietario proceda a la enajenación de uno o ambos fundos, por transmisión en este caso a dos sujetos distintos (o a la división del inmueble, cuando el servicio se hubiera impuesto únicamente sobre él).
- Que no exista en el negocio traslativo una referencia explícita y concreta a la servidumbre, fuera esa mención *declarativa*, entendiéndose en tal supuesto que la servidumbre se constituiría sin mayor especialidad y por el mismo título, o *impeditiva*, en cuyo caso el o los otorgantes se habrían pronunciado por derogar la destinación previa como vinculante.

Cumplidos estos presupuestos, la servidumbre se habrá de tener por constituida en cuanto la afectación previa junto con la omisión de una declaración contraria al establecimiento de la servidumbre en el cuerpo de la escritura dispositiva reflejaría una voluntad tácita o presunta del propietario.

4.4. POR SENTENCIA JUDICIAL (O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA)

Si las servidumbres legales hemos convenido en llamarlas mejor coactivas o forzosas es porque precisamente no puede decirse que la ley sea un medio constitutivo directo de ellas. Lo suyo es que se constituyan por sentencia judicial (o resolución administrativa si se trata de una servidumbre forzosa «por causa de utilidad pública o comunal») que acredite la concurrencia de los requisitos legales al efecto. La sentencia sería el título constitutivo de la servidumbre, siendo la ley su fundamento.

Pero, como ya se anticipara, las servidumbres coactivas pueden constituirse mediante acuerdo entre los interesados o por sentencia judicial. Por tanto, paradójicamente cabría distinguir entre una constitución voluntaria o una constitución forzosa respecto de estas servidumbres. Ahora bien, aun en el caso en que se convenga en su establecimiento, previa determinación o no de la debida indemnización –pues nada obsta a que el

propietario del fundo que haya de quedar gravado preste su consentimiento sin contraprestación–, el sustrato legal de la institución se encuentra hasta tal punto presente que modulará el régimen de la servidumbre, aunque se haya concluido por contrato. Será el presupuesto de necesidad, el estar enclavado, encerrado entre fundos, por ejemplo, el que justifique la servidumbre de paso, y no tanto el negocio jurídico antecedente. Técnica-mente, por tanto, solo puede discernirse voluntaria la servidumbre que se constituya por el dueño del predio sirviente *nullo iure cogente*, esto es, espontáneamente, mientras que coactiva será la establecida por sentencia, acto administrativo o contrato, pero siempre en ejecución de una obligación *ex lege*, circunstancia que, a la postre, tendrá importantes consecuencias prácticas en cuanto a su extinción básicamente. Así, haya o no contrato, no parece viable que el titular renuncie a su derecho de servidumbre en tanto en cuanto persista la situación de necesidad, del mismo modo que el propietario del fundo sirvien-te podrá pedir que se le exonere de la servidumbre, desde que ya no exista esa necesi-dad, esto es, desde que la servidumbre deje de ser indispensable (cfr. art. 568 del CC).

5. CONTENIDO

El **contenido principal** de la servidumbre consiste en el goce, aprovechamiento o disfrute de la utilidad por la que se haya constituido. El «goce», sabemos, puede ser po-sitivo o negativo y no puede ser menoscabado por el titular del predio sirviente quien, además, debe soportar el ejercicio de las *servidumbres accesorias* que sean indispensa-bles para el uso y el ejercicio de la servidumbre principal.

EJEMPLO 7

Así, si la servidumbre es de acueducto, estará obligado a permitir de parte del dueño de la finca dominante la entrada de trabajadores para la limpieza y reparación de su entramado (cfr. art. 543 del CC); de igual modo que la servidumbre de sacar agua, traerá consigo el de-recho de pasar por la finca donde se halle la fuente, el pozo o el aljibe (cfr. art. 557 del CC).

El carácter accesorio de estas servidumbres se traducirá en los siguientes aspectos: que se aprecien constituidas junto con la principal, aun cuando en el título de esta nada se diga sobre ellas (cfr. art. 542 del CC); que solo puedan utilizarse precisamente para el ejercicio de la servidumbre principal, por lo que quien tenga derecho a sacar agua no podría pasar por la finca del vecino sino fuera para acceder a la fuente o al pozo de turno; y que se ex-tingan siempre con aquella.

En cuanto a cómo haya de ejercerse puntualmente la servidumbre, cuál tenga que ser su concreto contenido dentro del propósito con vistas al que se constituyó (cuánta agua se podrá derivar a través del canal de turno; por dónde se pasará en una servidumbre de tránsito; si se puede pasar solo a pie o también con maquinaria, etc.), es algo que dependerá de lo que se haya previsto en el título constitutivo; si no existe título, por haberse constituido la servidumbre por usucapión, será el modo en que se haya prescrito la servidumbre, cómo se haya aprovechado durante el tiempo necesario para usucapir al que haya de estarse para conocer del contenido exacto de la servidumbre (cfr. art. 598 del CC).

Con título o sin él, en la duda sobre la extensión y las modalidades de ejercicio de la servidumbre, el criterio regulador básico pasa por que la utilidad a la que habilite se realice del modo menos gravoso con respecto al fundo sirviente. Así, se dice que la servidumbre debe usarse de modo *civiliter*, de manera que el propietario o poseedor del fundo sirviente no solo podrá exigir que el ejercicio de la servidumbre se desarrolle del modo menos perjudicial posible mientras no se prive al titular de la servidumbre de sus ventajas, sino que este, por obra de la buena fe que ha de regir las relaciones, deberá comportarse teniendo bien presente la pauta.

EJEMPLO 8

En las fuentes el criterio quedaría expresado al advertir que si se permitía pasar por un fundo al vecino, sin mayor determinación, le era lícito pasar por tiempo indefinido y por cualquier parte, con tal de que fuera en las condiciones menos gravosas (*civiliter modo*). Porque con esa sola expresión se estarían exceptuando tácitamente algunas cosas, pues no se ha de dejar pasar por la casa que se ubicara en el fundo gravado, ni por medio de sus viñas, «como quiera que pueda hacer esto con mayor comodidad por otra parte y con menor daño para el fundo sirviente» (*Digesto* 8, 1, 9).

Justamente, como consecuencia del uso *civiliter* que debe hacerse de la servidumbre se prevé, asimismo, la facultad del dueño del predio sirviente de solicitar la modificación en el modo concreto de ejercicio de la servidumbre si de ello no se deriva perjuicio para su titular. El artículo 545 del CC recoge, así, el *ius variandi* del propietario del fundo gravado, por el cual si el lugar configurado originariamente para cruzar por la finca, en el ejemplo de una servidumbre de paso, llegase a serle muy gravoso en cuanto le impidiera hacer nuevas construcciones, trabajos o reparaciones importantes, podría ofrecer a quien fuera el titular de la servidumbre otro lugar cómodo, no pudiendo este rehusarlo.

El contenido de la servidumbre, el haz de facultades y su extensión seguirían siendo los mismos, aunque cambiaría su lugar de aplicación; obviamente, los gastos del cambio correrían por cuenta del solicitante.

Precisiones

El *ius variandi* es una facultad para el propietario del fundo gravado que no puede ejercer unilateralmente ni imponer por su sola voluntad. Si el titular de la servidumbre no estuviera de acuerdo, por entender perjudicial el cambio tal y como se le pide, solo quedaría ventilar judicialmente la cuestión, donde se verá si el cambio es realmente conveniente y la servidumbre puede ejercerse de igual manera por otro lugar.

6. PROTECCIÓN

Aunque la confesoria es la acción típica para la protección de los derechos reales limitados, se ha omitido su tratamiento en la Unidad precedente para abordarlo en relación con las servidumbres donde la acción manifiesta especial interés.

Con su denominación, la **acción confesoria** remite a la constatación o reconocimiento que a través de ella se pretende del derecho real (sobre cosa ajena) de que se trate. Pero, la acción no solo sirve para hacer declarar la existencia del gravamen, sino también para poner fin a los actos que de algún modo obstaculicen su ejercicio.

En materia de servidumbres, por tanto, la función declarativa de la acción se cumpliría, básicamente, cuando la servidumbre se hubiera constituido por medios no formales, esto es, por usucapión o «destino del padre de familia».

Sin embargo, lo habitual resultará que se accione ante un acto del hombre que impida la realización del normal contenido de la servidumbre, proceso en que luego de comprobarse la existencia, la previa constitución de la servidumbre, cabrá ordenar la cesación en la perturbación o la prohibición de ejecutar en lo sucesivo actos del estilo y la restitución, si fuera el caso, de las cosas a su estado originario. Cuando lo que se pida no sea que se reconozca exclusivamente la servidumbre, sino que se ampare frente a la lesión emprendida, corresponderá en justa ley solicitar la indemnización oportuna en relación con los daños causados.

Estaría legitimado para interponer la acción confesoria el titular del derecho (el propietario del fundo dominante si la servidumbre fuera predial), quien, para vencer en el juicio, habrá de probar la existencia del derecho, ya aportando el título por el que se constituyó en su momento, ya acreditando el cumplimiento de los distintos presupuestos marcados para su establecimiento por usucapión o «destino del padre de familia». Los titulares de derechos limitados sobre la finca también podrían accionar en defensa de las servidumbres ya adquiridas a favor del fundo que ocupan o disfrutan; el usufructuario, por ejemplo, podrá presentar una acción confesoria respecto de una servidumbre de la que, en puridad, el titular sería el propietario del inmueble.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, debería distinguirse según la clase de pretensión ejercitada. Si su objeto consistiera en poner coto a hechos de naturaleza impositiva, la acción se daría contra el sujeto responsable, fuese dueño, usufructuario, arrendatario o simple poseedor (poseedor sin título) del fundo sirviente. Buscándose a través de él, sin embargo, la mera declaración, que se certifique sobre la existencia o la preconstitución de la servidumbre, parece que incumbiría demandar en cualquier caso al propietario del inmueble.

Junto a la acción confesoria, cabe decir también que la protección de la servidumbre puede lograrse por medio de los **interdictos posesorios**, pero para ello es lógicamente imprescindible que la servidumbre sea positiva, implique una incidencia material sobre el bien gravado, pues en las servidumbres negativas no habría posesión alguna que proteger.

Asimismo, de constar inscrito en el Registro de la Propiedad, el titular de la servidumbre podría hacer uso de la llamada «**acción real registral**» del artículo 41 de la LH, de la que ya hemos hablado en la Unidad didáctica 6.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- El **derecho de servidumbre** puede definirse, con nuestra mejor doctrina, como «el poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno *para servirse de él parcialmente* en algún aspecto».
- Dos son los caracteres distintivos que hacen a la servidumbre en cuanto tipo de derecho real: el objeto exclusivamente inmobiliario del derecho y la «parcialidad de goce» en que consiste sobre el inmueble gravado.
- La «parcialidad de goce», la necesaria incidencia menor del gravamen sobre la cosa que sigue en propiedad y posesión de otro, hace de la servidumbre un derecho real *especial y doblemente limitado*: primero, frente al dominio, pero luego, también con respecto a los otros derechos reales de goce que, pese a concebirse igualmente limitados, si se los contempla en comparación con el dominio, afectarían a este con apreciable intensidad.
- En primer estadio, el derecho común de servidumbre debe distinguirse de los límites o restricciones legales (típicamente, las relaciones de vecindad). Frente a las servidumbres, los límites o restricciones legales al dominio no constituyen ni dan lugar a gravamen alguno con respecto al derecho afectado —el de dominio—, y ello exactamente porque *desde su legal establecimiento*, son tan contenido como el haz de facultades que de ese derecho se predica, estando llamadas, como están, a fijar las condiciones normales en que corresponde su ejercicio. Así se explica que funcionen automáticamente y por simple imposición normativa, sin requerir de un acto expreso y particular de concreción, o que tampoco generen derecho de indemnización a cargo del Estado o del que a través de él más directamente se beneficie (por ejemplo; un vecino).
- También, deben distinguirse las servidumbres civiles de las administrativas. Por administrativa se entiende la servidumbre, el gravamen, por tanto, que se autoriza *por una entidad pública* sobre un inmueble de dominio privado *por una razón de interés general*. Como las servidumbres civiles o comunes, las administrativas presentan indudable naturaleza de gravamen, debiendo constituirse puntualmente en el caso. La diferencia radica en la obligatoriedad de su constitución, compensada con la oportuna indemnización a favor del propietario del fundo gravado, y algunas notas especiales como la posibilidad de que sea la propia Administración la que puede actuar en defensa del libre ejercicio de la servidumbre, sin tener que acudir a los tribunales.

- A partir de la la legislación civil se distinguen las siguientes clases de servidumbres:

- **Servidumbres reales o prediales y personales.** Se estima **real** o **predial** la servidumbre que se constituye en favor de un fundo, que se llama **dominante**, sobre otro contiguo, próximo o vecino, que se denomina **sirviente**. En cambio, es **personal**, la que se establece en pro de alguna persona determinada, prescindiendo de la propiedad que esta persona pueda tener sobre otro inmueble, sin considerar ni resultar preciso que sea propietario de inmueble alguno.

Dentro de las servidumbres personales cabría distinguir, a su vez, dos especies: las **simplemente personales**, que son transmisibles, *inter vivos* y *mortis causa*, no extinguiéndose, entonces, con el fallecimiento de su titular; y frente a ellas, las **personalísimas**, que se extinguirían con la persona de su titular y que no podrían transmitirse a terceros. Habrá de estarse a la voluntad manifestada en el título constitutivo para determinar sobre el particular, entendiéndose, en caso de duda, que la servidumbre es del segundo tipo, esto es, *personalísima* y por tanto intransmisible, en cuanto pauta de interpretación más favorable a la libertad de los fundos.

- **Servidumbres positivas y negativas.** Según obliguen al propietario a dejar hacer algo al titular del gravamen o, en cambio, a abstenerse de hacer algo, las servidumbres se clasifican en **positivas** (servidumbres *in patiendo*) o **negativas** (servidumbre *in non faciendo*).
- **Continuas y discontinuas.** Son **continuas** aquellas servidumbres «cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre», mientras que **discontinuas** «son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre». El matiz diferencial entre ambas clases de servidumbre radica no ya en que la utilidad que se derive de cada una se obtenga ininterrumpidamente sino, más correctamente, en que su efectividad no dependa de una actividad del hombre, especialmente tendiente a su disfrute.
- **Servidumbres aparentes o no.** Son servidumbres **aparentes** «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», en tanto **no aparentes** son «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».
- **Servidumbres legales o forzosas y voluntarias.** Las servidumbres **legales**, o mejor, coactivas o forzosas, para evitar confundirlas con los límites legales al dominio, son aquellas (civiles o administrativas)

que, *ante un determinado supuesto de hecho*, facultan a que se constituya un derecho del tipo aun en contra de la voluntad del titular del fundo que ha de quedar gravado, a quien en todo caso se le reconoce el derecho a la correspondiente indemnización. Son **voluntarias**, en cambio, aquellas cuya constitución viene determinada exclusivamente por la voluntad de los particulares, cuya constitución, en suma, no cabe reclamar judicialmente.

- Las servidumbres se constituyen por título voluntario, usucapión, «destino del padre de familia» o sentencia judicial por motivo de necesidad.
 - En primer y más obvio lugar, las servidumbres se constituyen por negocio jurídico, cuya causa puede ser onerosa o gratuita, exigiendo de escritura pública para su validez solo en el segundo caso.
 - Por usucapión, para las servidumbres existe la importante limitación de que solo pueden constituirse las que sean continuas y aparentes y se hayan ejercitado, como si se tuviera título realmente, durante veinte años.
 - Se dice que la servidumbre se constituye por «destino del padre de familia», cuando existiendo un signo aparente de servidumbre, una relación de servicio, entre dos fincas, el propietario único de ambas enajenare alguna de ellas, a no ser que, en ese título de disposición se exprese lo contrario o se haga desaparecer aquel signo antes de su otorgamiento. De igual manera, quedaría constituida la servidumbre cuando habiendo una situación aparente de servidumbre, esto es, de servicio material en una sola finca, esta se dividiera yendo a parar los lotes a distintos propietarios.
 - Finalmente, las servidumbres pueden constituirse por sentencia judicial, medio típico de las de índole coactiva o forzosa.
- En cuanto al contenido de la servidumbre, consiste en el goce, aprovechamiento o disfrute de la utilidad por la que se haya constituido. El «goc» puede ser positivo o negativo y no puede ser menoscabado por el titular del predio sirviente quien, además, debe soportar el ejercicio de las *servidumbres accesorias* que sean indispensables para el uso y el ejercicio de la servidumbre principal.

Sobre la extensión y las modalidades de ejercicio de la servidumbre, el criterio regulador básico consiste en que la utilidad a la que habilite se realice del modo menos gravoso con respecto al fundo sirviente. Así, se dice que

la servidumbre debe usarse de modo *civiliter*, de manera que el propietario o poseedor del fundo sirviente no solo podrá exigir que el ejercicio de la servidumbre se desarrolle del modo menos perjudicial posible mientras no se prive al titular de la servidumbre de sus ventajas, sino que este, por obra de la buena fe que ha de regir las relaciones, deberá comportarse teniendo bien presente la pauta.

Justamente, como consecuencia del uso *civiliter* que debe hacerse de la servidumbre se prevé, asimismo, la facultad del dueño del predio sirviente de solicitar la modificación en el modo concreto de ejercicio de la servidumbre si de ello no se deriva perjuicio para su titular. Se prevé, así, el llamado *ius variandi* del propietario del fundo gravado, por el cual si el lugar configurado originariamente para cruzar por la finca, en el ejemplo de una servidumbre, llegase a serle muy gravoso en cuanto le impidiera hacer nuevas construcciones, trabajos o reparaciones importantes, podría ofrecer a quien fuera el titular de la servidumbre otro lugar cómodo, no pudiendo este rehusarlo. El contenido de la servidumbre, el haz de facultades y su extensión seguirían siendo los mismos, aunque cambiaría su lugar de aplicación; obviamente, los gastos del cambio correrían, por cuenta del solicitante.

- Por último, debe retener el alumno los distintos medios posibles de defensa de las servidumbres: la acción confesoria, que es la acción declarativa típica para la protección y constatación de los derechos reales limitados, la «acción real registral» en el caso de que el título de la servidumbre constara publicado en el Registro de la Propiedad, y los interdictos posesorios, pero estos solo cuando la servidumbre presentara un contenido positivo, una incidencia posesoria sobre el fundo gravado que fuera perturbada o impedida en su normal ejercicio.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

Si en escritura pública el titular de un fundo se compromete a favor de un vecino a no modificar en más el estado material del inmueble y a mantenerlo indefinidamente en las condiciones (físicas, de explotación) en que se encuentra, ¿qué derecho real se constituiría por su medio?

Enunciado 2

Si las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin depender de un hecho actual, constante del hombre, ¿cuál de las que se mencionan lo sería?

- a) Una servidumbre de paso, por la cual un vecino puede cruzar a la vía pública por el fundo del vecino.
- b) Una servidumbre de no elevar una edificación a más de determinada altura, para no impedir así las luces o vistas de las que disfruta el vecino-titular de la servidumbre.
- c) Una servidumbre consistente en poder cazar o pescar en una finca vecina.
- d) Una servidumbre por la que se puede sacar agua del pozo del vecino cada vez que se necesite.

Enunciado 3

Fernando es un devoto cristiano amante de la Semana Santa sevillana. Vive en Madrid pero desde pequeño no ha dejado de acudir a la capital andaluza todos los años que ha podido. A través de un conocido en común, contacta con Tomás con quien contrata usar de uno de los balcones de la casa que este tiene en la calle Sierpes a cambio de un capital que le entrega en el acto. De su derecho, como titular, podrá hacer uso vitalicio Fernando, quien podrá acudir cada «Madrugá» hasta con cinco invitados.

De ser un derecho real el convenido, ¿ante cuál nos encontraríamos?

Enunciado 4

Pedro divide una de sus fincas para donar uno de los dos lotes resultantes a su hijo Juan y vender el otro a un vecino del pueblo, Santiago.

Pese a la división y ambas transmisiones, la acequia que proveía de agua a toda la finca originaria no ha sufrido alteración ninguna derivando ahora el agua desde la finca de Juan a la de Santiago.

¿Se habrá constituido servidumbre a favor de Santiago, pese a que nada pactó con Pedro sobre el particular y nada se estableció tampoco en la escritura de donación a favor de Juan?

- a) No, pues las servidumbres no pueden constituirse sin un acto expreso al efecto.
- b) Sí, por usucapión.
- c) Sí, por «destino del padre de familia».
- d) No, porque nada se había dispuesto al transmitir cada uno de los lotes, entendiéndose por ello que no habría sido la voluntad de Pedro que existiera la servidumbre.

Enunciado 5

Pedro lleva pasando por la finca de su vecino Juan durante los últimos veinte años.

Juan vende a Santiago la finca haciéndose constar en la pertinente escritura de compraventa que la finca se entrega «libre de cargas y gravámenes». Además, en el folio registral de la finca no aparece mención de derecho alguno a favor de Pedro.

Instalado ya en la finca, Santiago requiere a Pedro a que no siga pasando, quien no deja de hacerlo. Visto lo cual, Santiago interpone la oportuna acción judicial contra Pedro.

¿Prosperaría la acción de Santiago?

Solución 1

A primera vista parecería un derecho real de servidumbre, servidumbre real, negativa, no aparente, continua y voluntaria. Sin embargo, se trata de una calificación, como se dice, superficial del supuesto.

En primer lugar, porque no puede haber un derecho real limitado que vacíe, como resultaría del supuesto, el contenido material del dominio indefinidamente; el usufructo es necesario y precisamente por ello temporal, al igual que se admite la perpetuidad de la servidumbre porque justamente no vacía el grueso de utilidades que hacen al dominio. En el caso, de admitirse una servidumbre por el estilo se arrumbaría con el dominio de la finca gravada, «congelando» el disfrute y aprovechamiento de la finca gravada en torno a las condiciones exactas en que se encontrara en el momento de constituirse el gravamen, con el añadido de que tan genérica limitación de las facultades del propietario no se correspondería, como sucede en el usufructo, con las facultades conferidas a la persona a cuyo favor se constituye el derecho. La servidumbre es el único derecho real, como se ha dicho en esta Unidad, que se prevé que puede tener un contenido exclusivamente negativo, en cuanto prohibitivo respecto del ejercicio material de las naturales facultades del dominio, pero, desde un punto de vista económico, solo es posible si la utilidad que se sustrae o que se suspende mientras se encuentre vigente, presenta una incidencia, parcial, puntual o especial que no desnaturaliza, por tanto, el dominio.

De ello, se derivaría la imposibilidad de conceder eficacia jurídico-real, de conceder efectos frente a terceros, a la fórmula convenida; no se trataría de un derecho real de los admitidos –y admisibles– en nuestro sistema. Pero, profundizando en la misma razón, todavía cabría discutir que pudiera valer como derecho personal o como válido únicamente entre las partes contratantes, en atención al nulo sentido económico de lo que se pretende, a la paralización que puede suponer el respeto al derecho (de crédito) acordado respecto un aprovechamiento mínimamente eficaz del inmueble.

Solución 2

- b) Una servidumbre de no elevar una edificación a más de determinada altura, para no impedir así las luces o vistas de las que disfruta el vecino-titular de la servidumbre.

Solución 3

Estamos ante un «derecho de balcón», una servidumbre personal. Se trata de una servidumbre, y de tal tipo, y no un derecho de habitación ni menos de un usufructo, por cómo incide sobre el dominio gravado: no excluye la posesión del propietario pues el grueso de utilidades de la propiedad queda incólume en favor del propietario (es el principio de «parcialidad» de goce consustancial a las servidumbres).

Puntualmente, frente al derecho de habitación, pensemos en que quien tiene ese derecho sobre la vivienda ajena, cuando no la usa por entero, usará de la pieza o habitación asignada con total individualidad (en nuestro caso, no podrá ni pernoctar el titular, porque no es la habitación sino el balcón en ese momento del año la «parte» de la cosa especialmente afectada a la consecución del goce específico que confiere la servidumbre), y sin limitarse ni mucho menos a un día del año. El concepto de necesidad clama en el derecho de habitación frente a la utilidad de recreo de la servidumbre que describe el supuesto. Y además de que no haya mayores connotaciones –a la postre condicionantes– familiares en el disfrute puntual atribuido por el gravamen.

Y, como servidumbre, es servidumbre personal, porque, en su consideración, el goce, en que consiste la servidumbre sobre la finca gravada, no se vincula con la posesión o disfrute que, a su vez, se tenga sobre una finca o un apartamento adyacente, vecino o colindante.

Solución 4

c) Sí, por «destino del padre de familia».

Solución 5

El caso se centra en los medios de constitución de la servidumbre. Quede claro que solo puede oponerse, por esencia, aquello que existe, aquello que se ha constituido. Hablar de la oponibilidad de un derecho, por inscripción, ley o apariencia, parte de que el derecho se haya constituido conforme a Derecho.

Pues bien, la apariencia no es medio constitutivo sino de eficacia de la servidumbre previamente constituida. Por muy aparente que sea la pretendida servidumbre, la apariencia, por más prolongada que se verifique en el tiempo, no es causa constitutiva por sí sola. Si lo será si a tal nota respecto del derecho que se alega se suman veinte años y el carácter de continuidad en cuando a su ejercicio.

Y es así que la acción de Santiago prosperará pues el contenido de la pretendida servidumbre es discontinuo, se usa a intervalos más o menos largos y depende de los actos del hombre, utilizando los términos con que el propio artículo 532 del CC define las servidumbres discontinuas.

Da lo mismo que conociera del paso repetido del vecino por la finca antes de haber adquirido, pues servidumbre no hay, porque no se ha constituido.

Dicho esto, en el caso, la servidumbre se ha de estimar que vincula a quienes sean puntualmente propietarios de los fundos vecinos, por lo que se trata de una servidumbre predial.

Por último, si bien es verdad que la servidumbre de paso puede exigirse coactivamente, es de posible constitución judicial atenta la situación de enclavamiento de una finca sin salida, aun indirecta, al camino público (servidumbre legal o mejor forzosa), no puede entenderse que se ha constituido judicialmente esta servidumbre en función del enunciado del supuesto.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2004.

BIONDI, B.: *Las servidumbres*, J.M. González Porras (trad.), Granada: Comares, 2002.

CARRILLO DONAIRE, J.A.: *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Valladolid: Lex Nova, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, I, III-1.º y 2.º, Madrid: Dykinson, 2000, 2003 y 2004, respectivamente.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

PUENTE MUÑOZ, T.: «Servidumbre industrial, servidumbre de empresa, servidumbre de no concurrencia», *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, I, Pamplona: EUNSA, 1969, pág. 513 y ss.

WESTERMANN, H.: *Derechos reales*, I, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007.

Avanzada

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid: Dykinson, 1993.

DÍAZ FUENTES, A.: *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona: Bosch, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1958, pág. 37 y ss.

OSSORIO MORALES, J.: *Las servidumbres personales. Ensayo de sistematización*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: *Las servidumbres industriales y de empresa*, Madrid: Montecorvo, 1999.

REBOLLEDO VALERA, A.L. (coord.): *Tratado de servidumbres*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003.

UNIDAD
DIDÁCTICA

10

OTROS DERECHOS REALES

OBJETIVOS DE LA UNIDAD

1. El derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico
 - 1.1. La multipropiedad o tiempo compartido: nociones previas
 - 1.2. El doble modelo admitido por el legislador
 - 1.3. Presupuestos y contenido básico del derecho de aprovechamiento por turno
2. El derecho de superficie
 - 2.1. Concepto y naturaleza
 - 2.2. Constitución
 - 2.3. Contenido
3. Los derechos de sobre y subedificación

CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



OBJETIVOS DE LA UNIDAD

A excepción de los derechos reales de garantía, materia propia de la próxima asignatura de Derecho civil, se desarrollan en esta última Unidad los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con fines turísticos, superficie y sobreedificación. Poco tiene que ver el primero, muy especial en cuanto a objeto y contenido, con los otros dos, de fuerte impronta urbanística. En todo caso los tres se tratan con el detalle preciso dentro de la finalidad propia de esta obra y siempre con vistas a su adecuada identificación práctica por parte del alumno.

1. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO

1.1. LA MULTIPROPIEDAD O TIEMPO COMPARTIDO: NOCIONES PREVIAS

Se denomina **multipropiedad o tiempo compartido** –en inglés, *time-sharing*– a la situación jurídica que genera el disfrute alternado de un bien por distintas personas. La figura encuentra sus antecedentes en el mundo agrícola, en la sucesión por turnos para el cultivo de fincas, para el empleo de animales o aperos de labranza, para el aprovechamiento de los caudales de riego, etc. Sin embargo, será a partir del desarrollismo económico que siguió a la Segunda Guerra Mundial, cuando el concepto adquiera una connotación ligada exclusivamente al mercado turístico.

Se dice así que, a finales de los cincuenta, un hotelero alemán radicado en Suiza empezó a comercializar según este modelo. Su éxito fue tal que con los años se decidió a constituir una sociedad, llamada *Hapimag*, que ofrecía acciones a la venta, destinando sus beneficios a la compra de inmuebles vacacionales por toda Europa, para el uso de sus propios socios. Por esta época, y con el mismo objeto, se había creado en Francia la compañía *Grands Travaux*, que publicitaba el producto con el sugerente eslogan: «No alquile la habitación, compre el hotel, le sale más barato». La idea se patentaría en 1967 con la denominación de *multipropriété*.

La multipropiedad presenta indudables ventajas: los particulares pagan menos por sus vacaciones, sin tener que costear ni mantener una segunda vivienda durante todo el año; los promotores turísticos pueden rentabilizar en mayor medida su inversión al proveer a la masificación de un producto que para el particular acarreará, como se dice, menores costes, etc.

Sin embargo, en el otro plato de la balanza habría que colocar todos los problemas que la multipropiedad ha ido manifestando en la práctica. Pensemos en que, por su objeto, los complejos afectados se encuentran con frecuencia en el extranjero y en que, si la compra de un inmueble resulta normalmente compleja, más lo será cuando lo que se adquiere solo se ha visto a través de un catálogo y su régimen jurídico es distinto al del país en que se contrató.

Igualmente se ha destacado como importante fuente de conflictos todo lo atinente a la gestión ordinaria del complejo. Imaginémonos lo desagradable que sería entrar en el inmueble, sin que antes se hubiera procedido a limpiar u ordenar tras la salida de los anteriores ocupantes. Parecida apreciación cabría hacer con respecto a imprescindible prestación de los servicios complementarios (espacios e instalaciones deportivas, catering, etc.), los cuales pueden no corresponderse con los ofertados en su día.

Por lo anterior se comprende la necesidad de una regulación que discipline las especiales relaciones que por la multipropiedad pueden darse, protegiendo adecuadamente al consumidor, siendo tal, hoy, el cometido de la reciente Ley 4/2012, de 6 de julio, derogatoria –por más que reproduzca linealmente su contenido– del Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, el cual derogara a su vez la Ley 42/1998, que fuera –siempre de conformidad con las directivas comunitarias– la primera normativa de fondo dictada en la materia.

1.2. EL DOBLE MODELO ADMITIDO POR EL LEGISLADOR

En todo caso, la nueva ley opta por incorporar, seguir los pasos cimentados ya por la Ley 42/1998, sin mayores cambios en lo que sería el esquema de articulación normativa sobre el derecho que aquí se viene a introducir. Desde este punto de vista, tampoco ahora se habría impuesto la unidad de régimen en la materia, prefiriendo disponer toda una serie de disposiciones de carácter imperativo, se escoja el modelo que se escoja de entre los dos que permite el objeto.

Precisiones

La normativa, en cuanto protectora, como se dice de la posición de los consumidores, es mayormente indisponible, hasta afirmar que cualquier otra fórmula distinta a las que permite, sea real o personal (donde pueden ubicarse las de índole asociativa, «tipo club» que admite), establecida por tiempo superior a un año y relativa a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año, será nula de pleno Derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios (art. 23.7 de la Ley 4/2012).

En efecto, la legislación prevé la posibilidad de que sea la voluntad particular –en realidad la del promotor o constituyente o la del empresario que decide destinar un inmueble para tales fines–, la que opte por el modelo real o el arrendaticio para regular el régimen y los derechos (de aprovechamiento por turno) vinculados, sin que ninguna de las alternativas pueda utilizarse para eludir el cumplimiento del grueso de recaudos que establece. Entonces, una persona podrá disfrutar de una unidad en régimen de «tiempo compartido» por haber formalizado un contrato de arrendamiento por temporada con el promotor o empresario turístico de turno; pero también por haber contratado la adquisición del derecho real que la legislación ha querido crear en la consideración de que ninguna de las fórmulas jurídico-reales conocidas hasta el momento podría dar una adecuada cobertura al supuesto.

Precisiones

En este punto conviene advertir que por *arrendamiento de temporada* se entiende aquel por el que se concierta el uso y disfrute de una unidad habitable durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquella para que le sirva de habitual residencia familiar, sino para habitar transitoriamente, y por razones diversas. Así, por ejemplo, es el caso de quien alquila una casa cerca del mar para descansar durante el mes de agosto con su familia.

Desde siempre y por su condición, los arrendamientos de temporada han gozado de un tratamiento mucho más flexible, permeable a una mayor incidencia de la autonomía privada, en comparación con el régimen de especialísima protección de que se dispone para los arrendamientos cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda (cfr. arts. 3 y 4 de la LAU).

Sin embargo, ahora, conforme a la regulación, si lo que se pretende es conceder un derecho de disfrute de un inmueble con fines turísticos y en régimen de rotación, en tanto se haga por un tiempo superior a un año, el contrato deberá ajustarse a la regulación que contiene la norma.

Siendo la adoptada la segunda alternativa apuntada, quedará constituido entonces *un derecho real de aprovechamiento por turno* en favor del consumidor-adquirente. Desde su comprensión normativa, se nos presentaría como un derecho real *limitado*, de goce o disfrute, que gravaría la totalidad del complejo turístico en cuanto inmueble (cfr.

art. 23.4 de la Ley 4/2012) y que, en la preocupación del legislador ha de llamarse de un modo tan extenso, para evitar cualquier connotación con el derecho de propiedad (o condominio), la cual pudiera confundir al usuario o al titular de ese derecho real limitado, haciéndole creer que tendría –por supuesto junto al resto de titulares– la propiedad sobre el inmueble «en comunidad» con el empresario.

Precisiones

Categorícamente establece:

«El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad.

A los efectos de publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, podrá utilizarse cualquier otra denominación, siempre que no induzca a confusión a los consumidores finales y del mismo se desprenda con claridad la naturaleza, características y condiciones jurídicas y económicas de la facultad de disfrute...» (art. 23.4 de la ley).

El artículo 29.1 repite la idea, prohibiendo «la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad».

Sin embargo, convence muy poco que los derechos reales sean el marco adecuado para este tipo de relaciones, y ello, entre otras, por las dos razones siguientes:

- En primer lugar, porque si el objeto de los derechos reales debe ser una cosa concreta, –nota que como sabemos no es arbitraria sino que responde y delimita todo el contenido típico de la figura–, decir que el objeto de este derecho real será el complejo en su conjunto, el inmueble o emprendimiento parece insuficiente cuando la unidad que le haya de corresponder en su disfrute periódico es cambiante e, incluso, puede encontrarse en complejos ubicados en lugares muy diferentes si así se ha pactado.
- Pero, en segundo aunque principal lugar, porque si los derechos reales se caracterizan por significar una relación de directa afección entre persona y cosa, mientras que lo que hace lo propio respecto de los derechos persona-

les es la existencia de un vínculo obligatorio, prestacional entre los sujetos involucrados, esto último es lo que parece, sin duda, predominar en nuestro supuesto; y es que sin la correcta y continua *prestación de servicios* (de mantenimiento, seguridad, recreo, gastronomía, etc.) a la que se haya obligado el empresario al contratar, el disfrute del bien en su finalidad turística será inviable.

Dicho ello, no se puede negar que ya desde la Ley de 1998 se ha creado un nuevo tipo de derecho real, más allá de que su cometido pueda ser cumplido igualmente por la vía del arrendamiento, señal, cuando menos, de que el supuesto sería difícilmente aprehensible desde la sola dogmática, en el mejor sentido de la palabra, de los derechos reales.

Precisiones

A quince años vista de aquella normativa, el derecho de aprovechamiento por turno de carácter real se ha llegado a calificar, lo que se apoyó en las razones apuntadas en el texto, de *rara avis*, de una institución muy técnica pensada desde una perspectiva demasiado alejada de la realidad y flexibilidad que demanda el mercado turístico, lo cual vendría a explicar que, prácticamente, no se hubieran constituido derechos de tal clase frente a la opción arrendaticia.

Por tanto, se comercialice como se comercialice el producto turístico al que se viene refiriendo en relación con el aprovechamiento por turno con fines turísticos, todo contrato que se suscriba al efecto (vale documento privado, entonces) deberá ajustarse, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 4/2012, a un contenido mínimo imprescindible a partir de los siguientes extremos:

- Fecha de celebración del contrato, datos de la escritura reguladora (la escritura constitutiva del régimen por el empresario afectando el inmueble a los fines de este tipo especial de explotación), y de su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Referencia expresa a la naturaleza *real* o *personal* del derecho transmitido.
- Descripción precisa del edificio o complejo inmobiliario.
- Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción.

- El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la empresa de servicios o al propietario que se hubiera hecho cargo de estos en la escritura reguladora, con expresión de que se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización.
- Servicios e instalaciones comunes.
- Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de periodos de aprovechamiento.

Precisiones

Por el *sistema o programa de intercambio* el usuario o adquirente, que «compra un periodo de tiempo» con relación a un complejo afiliado a la cadena turística con la que contrata, puede cambiarlo por un periodo de tiempo diferente en el mismo complejo (si las fechas no le resultan aquel año idóneas), o por el mismo o diferente periodo de tiempo en un complejo de la compañía situado en otro lugar o de otra compañía suscrita a la red de intercambio. «Para la realización de esta complicada operación, las empresas cuentan con una compleja red informática que recibe las peticiones de los afiliados e intenta armonizarlas: compatibiliza la oferta del que desea un periodo de tiempo en lugar diferente a aquel al que él ha adquirido, con la del sujeto que sí ha adquirido su periodo en dicho complejo y desee ir al complejo del que formuló su intención de cambio. La afiliación al servicio de intercambio comporta el pago de una cuota de pertenencia al mismo, y de un canon por cada cambio que se solicita: de esta manera, por un precio realmente asequible, un sujeto puede variar cada año el destino de sus vacaciones sin tener que pagar nada más que el viaje, puesto que el alojamiento lo tiene perfectamente solucionado» (Munar Bernat).

- Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que se trate de sociedades y el domicilio de las personas que intervienen.
- Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de esta.

- Expresión de los derechos que asisten al adquirente de comprobar la titularidad y las cargas del inmueble, de exigir el otorgamiento de escritura pública y de inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.
- Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato.
- Lugar y firma del contrato.

Precisiones

En previsión aplicable a todo contrato de los que se ocupa la normativa, no solo con los que tengan por objeto la adquisición de un derecho (real) de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con fines turístico (sin ir más lejos) de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, es constante, además, la preocupación del legislador por favorecer y proteger al consumidor, al usuario mediante dos facultades de orden especial para este ámbito: el derecho de desistimiento que se le brinda *ad nutum*, y la prohibición de que se le exijan pagos anticipados (véanse, fundamentalmente, los arts. 10, 11.4, 12 y 13 de la Ley 4/2012).

1.3. PRESUPUESTOS Y CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

Así convenido, se diga *real* o *personal* en el contrato, el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles con fines turísticos:

- Atribuirá «a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios» (art. 23.1 de la Ley 4/2012). La facultad de disfrute no comprendería, es lógico, la de alterar la unidad de alojamiento en su disposición interna, estructura o mobiliario.

- Solo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciados, debiendo quedar sometidos todos los alojamientos independientes que lo integren a dicho régimen. Asimismo, será necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos, permitiéndose, no obstante, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al mismo tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para periodos determinados (art. 23.2).
- No podrá habilitar a un periodo anual de aprovechamiento inferior a siete días seguidos. En todo caso, dentro de un mismo régimen, los turnos han de tener todos la misma duración, además, debe quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un periodo de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen (art. 23.3).
- Y deberá tener una duración no inferior a un año ni superior a cincuenta, teniendo en cuenta justamente que el régimen para el edificio o complejo inmobiliario se habrá de extinguir al cumplirse cincuenta años desde la inscripción de la escritura reguladora o constitutiva en el Registro de la Propiedad, no teniendo los titulares de derechos de aprovechamiento derecho a compensación alguna con motivo de su extinción (art. 24.1).

Como vemos, toda la regulación legal se comprende a partir de la distinción entre *régimen* (o sistema) y *derecho(s)* de aprovechamiento por turno con fines turísticos. El **régimen** tiene por objeto todo el edificio o conjunto donde se encuentren las unidades que vayan a comercializarse; el **derecho**, la unidad cuyo disfrute periódico anual se conceda y que no debe ni tiene por qué ser la misma año tras año, incluso, puede corresponder a otro emprendimiento o complejo turístico distinto, en las condiciones pactadas.

2. EL DERECHO DE SUPERFICIE

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

Según la Ley del Suelo de 2008, en cuyos artículos 40 y 41 se regula, «el **derecho real de superficie** atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edi-

ficaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas». El derecho de superficie –añade– también podrá constituirse «sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».

Precisiones

El derecho de superficie localiza su origen en la Roma clásica. Por aquella época, las ciudades empezaron a conceder sobre terrenos de su propiedad una especie de arrendamiento al que se añadía, a favor del concesionario-arrendatario, la facultad de construir para, después, habitar las edificaciones que por tal título levantase. Esos contratos eran perpetuos o de duración sumamente prolongada. Pasado un tiempo, ante los primeros casos que se le fueron planteando, el pretor estimó conveniente ampliar la protección del arrendatario superando los estrechos parámetros locativos. Primero, reconociéndole la vía expedita del interdicto; luego, una excepción frente a la *vindicatio* presentada por el propietario, así como la correlativa acción para la defensa directa de su derecho.

Entonces, el de superficie se perfilaría, como mantiene un importante sector de la doctrina, como «el derecho real que atribuye a su titular (superficiario) la propiedad temporal de una edificación con independencia de la propiedad del suelo, edificación *que podrá ser levantada por el propio superficiario* –supuesto más común– o *encontrarse ya realizada* al tiempo de quedar constituido el derecho».

Precisiones

La utilidad práctica fundamental del derecho de superficie consistiría en facilitar que se edifique. Piénsese, por ejemplo, en que el dueño del suelo no quiera o tenga medios para hacerlo, o que al promotor le sea muy gravoso el precio del solar. En teoría todo se arreglaría con este derecho, por el que ni uno pagaría la edificación ni el otro el valor del suelo (Albaladejo).

Tal sería la visión más estrictamente apegada al texto legal. El derecho de superficie vendría a posibilitar la división «en vertical» del dominio o, lo que es lo mismo, la temporal inaplicación del principio *superficies solo cedit* que hace a la accesión como instituto (cfr. arts. 358 y 361 del CC): el propietario del suelo no lo sería de las construcciones referidas que pertenecerían al superficiario por el tiempo legal de 99 años o el inferior que eventualmente se pactara. El derecho de superficie sería, entonces, un derecho real sobre cosa propia, como el que tiene el titular de unidad o vivienda en el régimen propio de la propiedad horizontal.

Precisiones

Pero la comparación no debe confundir, el propietario del suelo y el superficiario no quedarían sometidos inexorablemente al régimen de la propiedad horizontal. Si el derecho de superficie se constituyera sobre un edificio ya sujeto al régimen, es evidente que las nuevas construcciones erigidas por el superficiario provocarían la ampliación o la modificación en su título constitutivo de la propiedad horizontal preexistente, por más que los derechos sobre las nuevas unidades privativas debieran extinguirse al cumplirse el plazo del derecho de superficie. Esto es obvio. Sin embargo, pudiera ser que el derecho de superficie se concediera sobre un solar; en tal caso, no podría decirse que la particularísima relación, la especial comunidad entre el propietario del suelo y el titular o titulares de las unidades privativas que levantara bajo el régimen de propiedad horizontal el superficiario, deba regirse por la Ley 49/1960, que parte de la identidad en el contenido del derecho de cada (co)propietario.

Ahora bien, ¿qué clase de propiedad sería la *propiedad superficiaria* llamada, como está, a extinguirse indefectiblemente en el plazo que se establezca en el título constitutivo del derecho de superficie, plazo que por ley no puede exceder en caso alguno de los 99 años (art. 40.2 de la Ley del Suelo)? ¿Puede calificarse como dominio el derecho real que grava, limita en sus naturales posibilidades el inmueble ajeno y que encima quedaría extinguido de no ejercitarse una de las principales facultades que puede conferir – la de edificación– en ese segundo plazo, inferior al de duración del derecho, que puede pactarse al efecto (art. 41.5 de la ley citada)? El tiempo y la falta de uso y de ejercicio son causas de extinción absolutamente impropias de la propiedad en su configuración tipificante, como sabemos.

Por tanto, el derecho de superficie se trataría más bien de *un derecho real limitado*, en cuanto restringido en su comparación con la propiedad, y que facultaría a disfrutar del bien de otro al extremo de poder edificar en él, como ningún otro derecho real limitado –de disfrute– permitiría, pudiendo disponer asimismo de él, pero siempre dentro de ese régimen de mayor acotación. Y así la temporalidad del derecho sería nota esencial, inderogable, del tipo, como ya ocurre en el usufructo, precisamente también por la amplitud con que incide en el dominio gravado.

Precisiones

Frente al derecho de superficie, el de usufructo solo puede extenderse a la vida del beneficiario o durante treinta años si es una persona jurídica; además, el usufructuario no podría edificar sobre el bien, ya que por más que considerásemos estas construcciones como mejoras, recuérdese el artículo 487 del CC que limita la facultad de mejorar los bienes dados en usufructo a que como resultado no se altere «su forma o su sustancia», siendo que las nuevas edificaciones supondrían una clara modificación sustancial en cuanto al bien.

2.2. CONSTITUCIÓN

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, establece la Ley del Suelo, se requiere que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de 99 años.

El derecho de superficie se puede constituir a título oneroso o gratuito. Así, en el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de un tanto alzado o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales a favor del propietario del suelo, o en varias de tales modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

2.3. CONTENIDO

Dice la ley que los derechos y las obligaciones tanto del *superficiario* como del *propietario del suelo* son los siguientes:

- Derechos del *superficiario*.
 - **Derecho a construir la edificación en el inmueble ajeno.** Si como es más común el derecho de superficie propende a la edificación de nuevas plantas y no simplemente al aprovechamiento de las ya construidas.
 - **Derecho a gravar o a enajenar el derecho de superficie.** Así como a transmitir o gravar como fincas independientes las viviendas o locales a los que el derecho de superficie legitime, durante el plazo de su derecho y sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.
 - En caso de optar por no disponer de las respectivas viviendas o unidades, **derecho a ocupar o a usar de ellas por sí o por otro.**
- Obligaciones del *superficiario*.
 - **Edificar en las condiciones y tiempo previstos**, extinguiéndose el derecho de no hacerlo en tal plazo, con tal, claro está, de que estemos ante esa modalidad más común en que el derecho de superficie se ha conferido con vistas a que se edifique, se construya.
 - **Abonar la contraprestación acordada.**
- Derechos correlativos del *propietario del suelo*.
 - **Derecho a que se le abone la contraprestación convenida.**
 - **Derecho a transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de este.** Téngase en cuenta que el subsuelo, mejor dicho, el aprovechamiento del subsuelo corresponderá al *propietario del suelo* y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con este, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.
- Derechos comunes a *superficiario* y *propietario*. En la constitución del derecho de superficie podrán incluirse, siendo de hecho muy habitual, cláusulas y pactos relativos al derecho de adquisición preferente en relación con la enajenación que llegue a interesar de su derecho a la contraparte. Sin pacto no habría, entonces, derecho de tanteo o retracto de fuente legal reconocido a su favor.

3. LOS DERECHOS DE SOBRE Y SUBEDIFICACIÓN

Como en la variedad más conocida del de superficie, los **derechos de sobre- y subedificación**, también llamados de vuelo y subsuelo, facultan a construir sobre un inmueble de ajena pertenencia, pero se diferencian de él en el trascendental dato de que la propiedad de lo construido, tanto de las nuevas plantas elevadas como de las subedificadas, quedará, *de forma permanente*, para el titular del derecho de sobre- o subedificación, según se trate.

Precisiones

Estos derechos, pues, no presentarían los problemas de calificación vistos para el de superficie. Para quienes, como aquí, mantenemos que el derecho de superficie es un derecho real limitado, que facultaría a disfrutar «como si se fuera propietario» de lo construido pero con esencial sometimiento a un plazo, la distancia entre todos estos derechos sería muy clara, pues solo los derechos ahora estudiados estarían llamados, mediante su ejercicio, a hacer propietario a su titular. Mientras que si se sostiene que el superficiario se hiciera propietario temporal, pero propietario al fin y al cabo, sobre lo construido, la diferencia radicaría en que los derechos de sobre- y subedificación conducirían a la propiedad sin limitaciones temporales.

Siguiendo con este discurso, entonces, ¿podría decirse que estos derechos reales, los de sobre- y subedificación, serían limitados? Entiendo que por dos razones: en primer lugar, porque a su constitución gravarían la propiedad, el inmueble respecto al cual se pensara construir, limitando o impidiendo que el propietario de ese bien pudiera acometer la facultad de sobre- o subedificar, en el libre ejercicio de su dominio y dentro siempre de la legalidad urbanística; en segundo lugar, porque el derecho de sobre- o subedificación se extinguiría una vez ejercitado, esto es, una vez que se hubiera edificado, momento en que su titular se haría propietario —en régimen de comunidad, como veremos— de las nuevas plantas que fueran, siendo el de propiedad y no otro el derecho real que tendría sobre la cosa.

Pero siendo limitado, sobre cosa ajena, en cambio no podemos concluir que se trate de un «derecho de disfrute», al menos no sin extrañarnos y sin mantener un concepto ya excesivamente amplio (mucho más de lo visto en la Unidad precedente en relación con las servidumbres negativas y las «ventajas» de las que con la abstención vinculada harían disfrutar al titular del fundo dominante) de lo que haya de considerarse «disfrute»; y es que, cuando su titular hubiera de «disfrutar» de lo construido lo haría con base en su carácter de propietario, en su derecho de propiedad, como hemos visto. El derecho de sobre- o subedificación será un derecho limitado, sobre cosa ajena, pero que quizás, por lo dicho, por su especialidad, no convendría incluir en ninguna de las subcategorías que conocemos: de disfrute, garantía o adquisición.

Apuntada, pues, la que es su razón de ser en cuanto tipo en el contexto de nuestro sistema de derechos reales, la principal referencia en la legislación común la encontramos en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, donde se alude al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, *haciendo suyas las edificaciones resultantes*, que, sin constituir derecho de superficie, «se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca» o «transmita a un tercero».

El precepto, puede verse, se fija en las dos modalidades constitutivas de estos derechos:

- **Por reserva.** Como ocurre cuando el promotor de un edificio en régimen de propiedad horizontal se reserva al transmitir las distintas unidades con la facultad de elevar nuevas plantas sobre el inmueble (sin precisar, por tanto, del unánime consentimiento de los copropietarios cuando se decidiera acometerlas).
- **Por transmisión.** Como sucede cuando es la propia comunidad de propietarios, la junta de propietarios ya constituida, de un bien en propiedad horizontal la que decide conceder un derecho de los que estamos viendo a un tercero a cambio de que se encargue de las reformas que viniera necesitando el edificio pero que hasta ese momento los propietarios no hayan podido acometer por falta de fondos.

También el artículo 16 del Reglamento Hipotecario advierte –aunque solo sea, dentro de la finalidad propia del precepto, para admitirlo a inscripción– que en el título de estos derechos deberán hacerse constar «las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento». Tiene todo su sentido, por cuanto, como señala Díez Picazo, en virtud del derecho de sobreedificación o subedificación *o bien se creará una propiedad horizontal*, si al constituirse el edificio sobre el cual se hubiera de construir o debajo de él solo perteneciera a un único propietario, *o bien se deberá modificar, para ampliarse conforme a las nuevas construcciones, la propiedad horizontal existente*, si el edificio dividido por pisos y locales, fuese ya de varios propietarios. A la hora de constituir, de convenir estos derechos, entonces, no podría desatenderse de la consecuencia lógica de su ejecución, a saber: de la copropiedad resultante, sometida al régimen de la propiedad horizontal que es el aplicable cuando un bien se distribuye por plantas o pisos.



CONCEPTOS BÁSICOS A RETENER

- El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con fines turísticos faculta al uso de una unidad de uso diferenciado en un inmueble o emprendimiento destinado a tales fines, por un periodo determinado o determinable de cada año y durante un número limitado de años.
- En nuestro ordenamiento, esta clase de derecho se regula hoy en la reciente Ley 4/2012, de 6 de julio, cuyo régimen mayormente imperativo permite, no obstante, que pueda comercializarse bien como derecho real bien como arrendamiento de temporada.
- Como alternativa jurídico-real, el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se presentaría como un *derecho real limitado*, por supuesto de goce o disfrute, que gravaría la totalidad del complejo turístico en cuanto inmueble y que, en la preocupación del legislador, ha de llamarse así, «en extenso», para evitar cualquier connotación con el derecho de propiedad (o condominio), el cual pudiera confundir al usuario o al titular de ese derecho real limitado haciéndole creer que tendría –por supuesto junto al resto de titulares– la propiedad sobre el inmueble «en comunidad» con el empresario. La ley en este sentido prohíbe expresamente que puedan comercializarse derechos de esta clase bajo el coloquial, y muy arraigado, término de «multipropiedad».
- Se pacte como real o personal, esto es, en cuanto arrendamiento, el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles con fines turísticos presenta el siguiente, idéntico y básico contenido:
 - Atribuirá «a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios».
 - Solo podrá recaer sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciados, debiendo quedar sometidos todos los alojamientos independientes que lo integren a dicho

régimen. Asimismo, será necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos, permitiéndose, no obstante, que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al mismo tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento por turno recaigan sobre alojamientos concretos y para periodos determinados.

- No podrá habilitar a un periodo anual de aprovechamiento inferior a siete días seguidos. En todo caso, dentro de un mismo régimen, los turnos habrían de tener todos la misma duración, además debe quedar reservado para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un periodo de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen.
 - Y deberá tener una duración no inferior a un año ni superior a cincuenta, considerando justamente que el régimen para el edificio o complejo inmobiliario se habría de extinguir al cumplirse cincuenta años desde la inscripción de la escritura reguladora o constitutiva en el Registro de la Propiedad, no teniendo los titulares de derechos de aprovechamiento derecho a compensación alguna con motivo de su extinción.
- La legislación urbanística define el derecho real de superficie como aquel que «atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas». Se trata, pues, de un derecho que puede constituirse bien sobre el solar de un inmueble, bien sobre construcciones o edificaciones ya realizadas.
 - Desde su concepción legal más apegada, el derecho de superficie vendría a posibilitar, por tanto, la división «en vertical» del dominio o, lo que es lo mismo, la temporal inaplicación del principio *superficies solo cedit* que hace a la accesión como instituto: el propietario del suelo no lo sería de las construcciones referidas, que pertenecerían al superficiario por el tiempo legal de 99 años o el inferior pactado.

Sin embargo, la esencial temporalidad del derecho de superficie, junto con la circunstancia de que en cuanto derecho podrá quedar extinguido si el titular no cumple en edificar en el plazo inferior que puede –y suele– preverse en el título constitutivo al efecto, son circunstancias determinantes para considerar que en realidad estaríamos ante *un derecho real limitado*; derecho

real limitado en tanto que restringido en su comparación con la propiedad tal y como esta se concibe en sus notas esenciales (con las que el sometimiento a un plazo improrrogable de duración o la falta de uso como causa de extinción casarían difícilmente), y que facultaría a disfrutar del bien de otro al extremo de poder edificar en él y disponer del derecho que se ostenta dentro de su régimen propio.

- Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder, como se ha dicho, de los 99 años.
- El derecho de superficie se puede constituir a título oneroso o gratuito. Así, en el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de un tanto alzado o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales a favor del propietario del suelo, o en varias de tales modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.
- Son derechos característicos del superficiario:
 - *Construir la edificación en el inmueble ajeno.* Si como es común el derecho de superficie propende a la edificación de nuevas plantas y no al aprovechamiento de las ya construidas.
 - *Gravar o enajenar el derecho de superficie.* Así como a transmitir o gravar como fincas independientes las viviendas o locales a los que el derecho de superficie legitime, durante el plazo de este su derecho y sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.
 - En caso de optar por no disponer de las respectivas viviendas o unidades, *ocupar o usar de ellas por sí o por otro.*
- Correlativamente, entre sus obligaciones se encontrarían:
 - *Edificar en las condiciones y tiempo previstos,* extinguiéndose el derecho de no hacerlo en tal plazo, con tal, claro está, de que estemos ante esa modalidad más común en que el derecho de superficie se ha conferido con vistas a que se edifique, se construya.
 - *Abonar la contraprestación acordada.*

- Por su parte, el propietario del inmueble gravado tiene el derecho a:
 - *Que se le abone la contraprestación convenida.*
 - *Transmitir y gravar su derecho con separación, independencia del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de este.*
- Finalmente, en lo que respecta al contenido del derecho de superficie, no cabe obviar que en la constitución del derecho de superficie pueden incluirse cláusulas y pactos relativos al derecho de adquisición preferente en relación con la enajenación que interese de su derecho a la contraparte.
- Los derechos de sobre- y subedificación, también llamados de vuelo y subsuelo, facultan a construir sobre un inmueble de ajena pertenencia, de forma que la propiedad de lo construido, tanto de las nuevas plantas elevadas como de las subedificadas, quede, *de forma permanente*, para el titular del derecho, de sobre- o subedificación, según se trate.
- Sobre los derechos de sobre- y subedificación, la principal referencia en la legislación común la encontramos en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, donde se alude al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, *haciendo suyas las edificaciones resultantes*, que, sin constituir derecho de superficie, «se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca» o «transmita a un tercero».

El precepto reglamentario advierte asimismo –aunque solo sea, dentro de la finalidad propia del precepto, para admitirlo a inscripción– que en el título de estos derechos deberán hacerse constar «las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento». Y es que en virtud del derecho de sobreedificación o subedificación *o bien se creará una propiedad horizontal*, si al constituirse el edificio sobre el cual se hubiera de construir o debajo de él solo perteneciera a un único propietario, *o bien se deberá modificar, para ampliarse conforme a las nuevas construcciones, la propiedad horizontal existente*, si el edificio dividido por pisos y locales, fuese ya de varios propietarios.



ACTIVIDADES DE AUTOCOMPROBACIÓN

A partir del contenido de la presente Unidad didáctica, se propone la realización de las siguientes actividades de autocomprobación por parte del alumno, como ejercicio general de repaso y asimilación de la información básica proporcionada por el texto.

Enunciado 1

¿Cuál de los siguientes derechos reales no resulta hipotecable?

- a) El derecho de superficie.
- b) El derecho de sobreedificación.
- c) El derecho de habitación.
- d) El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

Enunciado 2

Según la regulación en la materia:

- a) El derecho de aprovechamiento, de haberse contratado como arrendamiento de temporada, podrá consistir en el uso de una unidad turística al año en un periodo no inferior a quince días.
- b) Solo puede llamarse derecho de aprovechamiento al derecho real creado en su virtud.
- c) Las facultades de desistimiento y resolución, que conceden al usuario o adquirente, podrán ejercitarse con total independencia de que el derecho de aprovechamiento por turno se haya convenido como derecho real o como arrendamiento de temporada.
- d) El periodo de disfrute anual no puede ser menor a siete días, extinguiéndose el derecho de aprovechamiento, tanto si es real como arrendatario, cumplidos cinco periodos, aun alternos, de disfrute.

Enunciado 3

Conforme a la normativa acerca del derecho de superficie:

- a) Tal derecho se extingue en el plazo acordado en el título constitutivo, sin exceder en todo caso de los 100 años.
- b) El superficiario no puede transmitir su derecho a un tercero.
- c) El superficiario puede transmitir su derecho a un tercero, a reserva del derecho de tanteo que legalmente se establece a favor del propietario del suelo.
- d) El dueño del suelo puede transmitir su derecho a un tercero, sin perjuicio de que se haya establecido en el contrato derecho de tanteo a favor del superficiario.

Enunciado 4

¿Cuál de las siguientes afirmaciones es correcta?

- a) El derecho de superficie se extingue una vez edifique el superficiario sobre el inmueble gravado.
- b) El derecho de sobreedificación se extingue cumplido el plazo legal acordado en su título constitutivo, que no podrá exceder de los 99 años.
- c) La facultad de edificación, de elevar nuevas plantas, es elemento esencial del derecho de sobreedificación.
- d) El superficiario no puede elevar nuevas plantas sobre la propiedad gravada con su derecho, al punto de que se entiende que si un derecho de superficie se constituyera permitiéndoselo no sería de superficie, sino de sobreedificación.

Enunciado 5

La Torre San Martín es un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal. Como, por el paso del tiempo, se ha hecho evidente la necesidad de acometer ciertas reparaciones en cuanto a las estructuras y los servicios comunes del inmueble, el conjunto de los propietarios ha autorizado a la promotora «ASÍS» a construir dos nuevos pisos. El

negocio consiste en que la inmobiliaria habrá de asumir y sufragar los gastos derivados de las mejoras requeridas por el edificio, haciéndose, en contraprestación, con el dominio de las unidades funcionales resultantes de los dos nuevos pisos.

Se pregunta lo siguiente:

- a) La autorización para construir los dos nuevos pisos sobre el edificio, ¿qué tipo de derecho constituyó en favor de la inmobiliaria? ¿Cuál sería su concreto contenido?
- b) ¿Cómo habría de procederse una vez que los dos nuevos pisos estuvieran contruidos?

Solución 1

- c) El derecho de habitación.

Solución 2

- c) Las facultades de desistimiento y resolución que se conceden al usuario o adquirente, podrán ejercitarse con total independencia de que el derecho de aprovechamiento por turno se haya convenido como derecho real o como arrendamiento de temporada.

Solución 3

- d) El dueño del suelo puede transmitir su derecho a un tercero, sin perjuicio de que se haya establecido en el contrato derecho de tanteo a favor del superficiario.

Solución 4

- c) La facultad de edificación, de elevar nuevas plantas, es elemento esencial del derecho de sobreedificación.

Solución 5

- a) La autorización para construir los dos nuevos pisos sobre el edificio, ¿qué tipo de derecho constituyó en favor de la inmobiliaria? ¿Cuál sería su concreto contenido?

Sin duda hubo de constituirse un derecho de sobreedificación, a título oneroso, por cuanto se concede a cambio de que se realicen, a favor del «sujeto gravado», la comunidad de propietarios de la Torre San Martín las mejoras que el edificio viene necesitando.

En cuanto al contenido del derecho, habría de reproducir aquí la particularidad del derecho de sobreedificación dentro de los reales. Supone, como sabemos, la autorización para construir en inmueble ajeno, pero con vistas a la propiedad que se habrá de adquirir a resultas sobre lo construido.

- b) ¿Cómo habría de procederse una vez que los dos nuevos pisos estuvieran contruidos?

Estando sometido ya, como se nos dice, el edificio al régimen de la propiedad horizontal, lo que correspondería sería modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, mediante el otorgamiento de la pertinente escritura pública. La escritura (de obra nueva) podrá ser otorgada inividualmente por la promotora, sin el necesario concurso del resto de propietarios, en cuanto en el título del derecho de sobreedificación –exigencia del art. 16 del RH, como sabemos, para que hubiera podido inscribirse, pero también del art. 12 de la LPH– se habría anticipado el modo en que quedaría necesariamente alterado el régimen del edificio, con la debida variación en las cuotas, como consecuencia del ejercicio de su derecho.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Básica

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, III, Barcelona: Edisofer, 2004.

DOMENGE AMER, B.: *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca: [s.e.], 1983.

FRANCO PAZ, F. de: *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Elcano: Aranzadi, 2001.

IGLESIA MONJE, M.I.: *El derecho de superficie: aspectos civiles y registrales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 2000.

PABLO CONTRERAS, P. de, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Derecho civil. Derechos reales*, Madrid: Colex, 2008.

TORRES LANA, J.A.: *La multipropiedad*, Madrid: Iustel, 2007.

En la red

MUNAR BERNAT, P.A.: «Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio», *InDret* 4/2009: http://www.indret.com/pdf/685_es.pdf

Avanzada

ALONSO PÉREZ, M.T.: *La construcción en finca ajena: estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre- y subedificación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000.

GUILARTE ZAPATERO, V.: *El derecho de superficie*, Pamplona: Aranzadi, 1966.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y legislación hipotecaria)*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 1960.

MOZOS, J.L. de los: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974.

PÉREZ DE LA SOTA, F.: «La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad) en estado de revista para el momento en que se reactive el sector turístico vacacional», *Diario La Ley*, Secc. Doctrina, de 28 de mayo de 2012.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<u>PÁGINA</u>
Sumario	5
Unidad didáctica 1. El Derecho de cosas y los derechos reales	7
Objetivos de la Unidad	9
1. La gran división del Derecho patrimonial en función del objeto de las relaciones en presencia	10
2. La construcción teórica del derecho real	14
2.1. La teoría clásica	14
2.2. La teoría obligacionista	15
2.3. La lógica de la teoría intermedia	15
3. Las notas esenciales del derecho real: inmediación, absolutividad y oponibilidad	17
4. Criterios genéricos para la distinción entre los derechos reales y personales ..	19
4.1. Por los sujetos intervinientes	20
4.2. Por su objeto	20
4.3. Por su contenido y sus efectos	21
4.4. Por el modo y las causas para su extinción	21

5. Las figuras intermedias	21
5.1. El ius ad rem	22
5.2. Las obligaciones propter rem	23
5.3. Los derechos reales in faciendo	26
6. Clasificación	28
6.1. El derecho real (de protección) provisional: la posesión	28
6.2. El derecho real pleno: el dominio (o propiedad)	28
6.3. Los derechos reales limitados	29
7. El juego de la autonomía de la voluntad en la creación de los derechos reales: atipicidad o numerus clausus	31
8. La normativa básica del derecho de cosas	34
Conceptos básicos a retener	37
Actividades de autocomprobación	46
Referencias bibliográficas	50
Unidad didáctica 2. El contenido del derecho real	53
Objetivos de la Unidad	54
1. Las facultades comprendidas en el derecho real	55
1.1. La facultad de realizar directamente el interés que implica	55
1.2. La facultad de exclusión	56
1.3. La facultad de prioridad	57
1.3.1. El sustrato esencial de la prioridad de los derechos reales	57
1.3.2. La influencia del factor registral en la materia	58
1.4. La facultad de disposición	59
2. Los límites del derecho real	60
2.1. Su distinto fundamento	60
2.2. El ejercicio abusivo del derecho real	61
2.3. Las prohibiciones voluntarias de disponer	61
3. La faz pasiva de la relación	64
3.1. Sujeción común, gravamen y carga real	64
3.2. Constituyente y terceros	66

Conceptos básicos a retener	67
Actividades de auto comprobación	72
Referencias bibliográficas	76
Unidad didáctica 3. La dinámica de los derechos reales	77
Objetivos de la Unidad	79
1. Los medios de adquisición de los derechos reales	80
2. La adquisición derivativa entre vivos	82
2.1. Los sistemas conocidos	82
2.1.1. El sistema del título y el modo	82
2.1.2. El sistema consensualista francés	84
2.1.3. El sistema abstracto alemán	85
2.2. El sistema español: presupuestos	87
2.2.1. Título	88
2.2.2. Modo	89
2.2.3. Legitimación	92
2.2.4. Capacidad	93
2.2.5. Inscripción	94
2.2.6. Buena fe	96
3. La modificación de los derechos reales	97
3.1. Clases	97
3.2. La conversión de los derechos reales: el instituto de la subrogación real	97
4. La extinción de los derechos reales	98
4.1. Causas comunes	98
4.1.1. Pérdida de la cosa	98
4.1.2. Transmisión	99
4.1.3. Renuncia	100
4.1.4. Revocación	101
4.1.5. Disposición legal	101
4.1.6. Ejecución forzosa	102
4.2. Causas específicas de los derechos reales limitados	102
4.2.1. Consolidación	102
4.2.2. Falta de ejercicio	103

4.2.3. Cumplimiento del plazo legal o convencionalmente establecido	104
4.2.4. Fallecimiento del titular	105
4.2.5. Cumplimiento de la finalidad legalmente prevista para el derecho	106
Conceptos básicos a retener	107
Actividades de autocomprobación	113
Referencias bibliográficas	117
Unidad didáctica 4. La posesión	119
Objetivos de la Unidad	121
1. El uso y la posesión de las cosas	122
2. Las distintas vertientes de la posesión	123
3. Los fundamentos por los que se protege la posesión	125
3.1. Las teorías principales en la materia	125
3.2. La función social de la posesión	127
4. Naturaleza jurídica	128
5. Clases de posesión	130
5.1. Posesión natural y posesión civil	130
5.2. Posesión en concepto o no de dueño	131
5.3. Posesión mediata e inmediata	131
5.4. Posesión «personal» y posesión «a través de otro», «por otra persona»	132
5.5. Posesión de buena o mala fe	133
5.6. Posesión viciosa	134
5.7. Posesión civilísima	135
6. Situaciones no posesorias	136
6.1. El servicio a la posesión de otro	137
6.2. El simple uso de las cosas	137
6.3. La yuxtaposición local	138
7. El objeto de la posesión	138
8. Coposesión y concurrencia posesoria	140

9. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión	143
9.1. Adquisición	143
9.2. Conservación	144
9.3. Pérdida	145
10. Los efectos de la posesión en general	146
11. Especial consideración de la regla «posesión equivale a título» en materia de bienes muebles	148
12. La protección posesoria	152
12.1. La defensa extrajudicial de la posesión	153
12.2. La defensa interdictal de la posesión	153
12.3. La acción publiciana	158
Conceptos básicos a retener	159
Actividades de autocomprobación	167
Referencias bibliográficas	172
Unidad didáctica 5. La usucapión	173
Objetivos de la Unidad	174
1. El instituto de la prescripción y sus clases	175
2. Fundamentos de la prescripción adquisitiva o usucapión	177
3. Presupuestos comunes a todo tipo de usucapión	178
3.1. Sujetos	178
3.2. Objeto	179
3.3. Posesión	179
3.4. Tiempo	183
4. Requisitos específicos para la usucapión ordinaria	185
4.1. Título	186
4.2. Buena fe	188
5. Efectos de la usucapión	189
5.1. La posible liberación de gravámenes con motivo de la usucapión	190
5.2. El alcance retroactivo de la usucapión	192
Conceptos básicos a retener	193
Actividades de autocomprobación	196
Referencias bibliográficas	202

Unidad didáctica 6. Dominio y propiedad	203
Objetivos de la Unidad	205
1. Concepto	206
2. Fundamentos	207
3. La propiedad en el Código Civil	209
4. Tratamiento constitucional	211
5. Características	213
6. Límites y limitaciones al dominio: especial consideración de las relaciones de vecindad	214
7. Acciones que protegen el dominio	219
7.1. La acción reivindicatoria	219
7.1.1. Concepto	219
7.1.2. Requisitos	220
7.1.2.1. Legitimación activa	221
7.1.2.2. Legitimación pasiva	221
7.1.2.3. Objeto	223
7.1.2.4. Prueba	223
7.1.3. Efectos	224
7.2. La acción declarativa del dominio	224
7.3. La acción negatoria	226
7.4. La acción real registral	227
7.5. Las acciones de deslinde y amojonamiento	229
7.6. La acción preparatoria	231
7.7. Las acciones de daño temido o cautelares	231
7.8. Las acciones posesorias	232
Conceptos básicos a retener	233
Actividades de autocomprobación	243
Referencias bibliográficas	247
 Unidad didáctica 7. Comunidad de bienes. Propiedad horizontal	 249
Objetivos de la Unidad	251
1. Comunidad de bienes y condominio	252
1.1. La variedad tipológica de la comunidad de bienes	252
1.2. Modelos de comunidad	254
1.3. Concepto de condominio	255

2. Principios básicos relativos al condominio	257
2.1. Principio de autonomía de la voluntad	257
2.2. Principio de proporcionalidad	259
2.3. Principio (de libertad) individual	259
2.4. Principio colectivo.....	261
3. Contenido de la situación de condominio	261
3.1. En relación con la cuota-parte que corresponde a cada condómino	261
3.2. En relación con la cosa en común	263
3.2.1. Uso de la cosa	263
3.2.2. Disfrute	264
3.2.3. Conservación: gastos	264
3.2.4. Gestión, administración	265
4. La extinción del condominio. La división de la cosa en común	267
5. La propiedad horizontal	270
5.1. Concepto	270
5.2. Regulación	272
5.3. Elementos objetivos	276
5.4. Contenido del derecho real de propiedad horizontal	277
5.4.1. En relación con los elementos privativos	277
5.4.2. En relación con los elementos comunes	280
5.5. Organización, gestión y representación	282
5.5.1. La asamblea o junta de propietarios	283
5.5.1.1. Concepto y competencias	283
5.5.1.2. Clases de juntas. Convocatoria y celebración	283
5.5.1.3. Adopción de acuerdos. Auxilio e impugnación judicial	284
5.5.2. El presidente	289
5.5.3. El vicepresidente	289
5.5.4. El secretario	289
5.5.5. El administrador	290
5.5.6. Otros órganos de gobierno de la comunidad	290
5.6. Extinción	291
6. Las urbanizaciones privadas	293
Conceptos básicos a retener	294
Actividades de autocomprobación	306
Referencias bibliográficas	312

Unidad didáctica 8. El usufructo. Los derechos de uso y habitación	313
Objetivos de la Unidad	314
1. El usufructo: concepto y caracteres	315
2. La consideración del usufructo en algunos casos en particular	318
3. Constitución	322
4. Contenido	325
4.1. Derechos del usufructuario	326
4.2. Obligaciones del usufructuario	327
4.2.1. Anteriores a entrar en la posesión de las cosas	327
4.2.1.1. El inventario	329
4.2.1.2. La fianza	330
4.2.2. Coetáneos al ejercicio del derecho de usufructo: el principio de salva rerum substantia	330
4.2.3. Posteriores	333
4.3. Estatuto del nudo propietario	334
5. Los derechos de uso y habitación	335
Conceptos básicos a retener	338
Actividades de autocomprobación	347
Referencias bibliográficas	353
 Unidad didáctica 9. Las servidumbres	 355
Objetivos de la Unidad	356
1. La especialidad de las servidumbres en el sistema de los derechos reales	357
2. Las servidumbres civiles frente a las restricciones legales y las servidumbres del Derecho público	360
3. Clases de servidumbres	362
3.1. Reales (prediales) y personales	362
3.2. Positivas y negativas	364
3.3. Continuas y discontinuas	367
3.4. Apparentes o no	368
3.5. Legales (forzosas) y voluntarias	369

4. Medios constitutivos	371
4.1. Por título voluntario	371
4.2. Por usucapión	371
4.3. Por «destino del padre de familia»	372
4.4. Por sentencia judicial (o resolución administrativa)	373
5. Contenido	374
6. Protección.....	376
Conceptos básicos a retener	378
Actividades de autocomprobación	381
Referencias bibliográficas	386
Unidad didáctica 10. Otros derechos reales	389
Objetivos de la Unidad	390
1. El derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico	391
1.1. La multipropiedad o tiempo compartido: nociones previas	391
1.2. El doble modelo admitido por el legislador	392
1.3. Presupuestos y contenido básico del derecho de aprovechamiento por turno	397
2. El derecho de superficie	398
2.1. Concepto y naturaleza	398
2.2. Constitución	401
2.3. Contenido	401
3. Los derechos de sobre y subedificación	403
Conceptos básicos a retener	405
Actividades de autocomprobación	409
Referencias bibliográficas	413

